الممتع في شرح المقنع

تصنيف

زين الدين المنجى بن عثمان بن أسعد ابن المنجى

التنوخي الحنبلي

٦٣١- ٦٩٥هـ

الجزء الثالث

دراسة وتحقيق

د. عبد الملك بن عبد الله بن دهيش

د . عبدالملك بن دهيش

الطبعة الأولى ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م

الطبعة الثانية ١٤١٨هـ ، ١٩٩٧م

الطبعة الثالثة ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م

يطلب من مكتبة الأسدي
مكة المكرمة هاتف: ٥٥٧٠٥٠٦ - ٥٥٧٥٢٤١


بسم الله الرحمن الرحيم



كتاب العارية

العارية: مشتقة من عار الشيء إذا ذهب وجاء. ومنه قيل للبطال: عيّار لتردده في بطالته. والعرب تقول: أعاره وعاره مثل: أطاعه وطاعه.

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع والمعنى: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ ويمنعون الماعون﴾ [الماعون:٧] . روي عن ابن عباس وابن مسعود قالا: العواري. وفسرها ابن مسعود فقال: القدر والميزان والدلو.

وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه[١] قال: «العَارِيةُ مُؤَدَّاةٌ»[٢].

وروى صفوان بن أمية «أن النبي ﷺ استعارَ منهُ يومَ حنين أَدْرَاعاً. فقال: أَغصباً يا محمد ! قال: بلْ عاريةٌ مَضمونَة»[٣] رواه أبو داود.

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على جواز العارية.

وأما المعنى فهو أن العارية هبة المنافع أو إباحتها . فوجب أن تكون جائزة؛ كهبة الأعيان وإباحةِ أكلها.

قال المصنف رحمه الله: **(وهي هبة منفعة. تجوز في كل المنافع إلا منافع البضع. ولا تجوز إعارة العبد المسلم لكافر. وتكره إعارة الأمة الشابة لرجل غير محرمها، واستعارة والديه للخدمة).**

أما قول المصنف: وهي هبة منفعة ؛ فهو بيان لمعنى العارية.

وقال صاحب المستوعب: هي إباحة منفعة . وقدّمه.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٥) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢٠) ٤: ٤٣٣ كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٩٩) ٢: ٨٠٢ كتاب الصدقات، باب العارية.
قال الترمذي: حديث حسن غريب. وقال البوصيري في الزوائد: إسناد حديث أنس صحيح . وعبدالرحمن هو بن يزيد بن جابر ثقة . وسعيد هو بن أبي سعيد المقبري.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٦٢) ٣: ٢٩٦ كتاب البيوع، باب في تضمين العارية.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٦٧٤) ٦: ٤٦٥.

وأما كون العارية تجوز في كل المنافع ما خلا منافع البضع، وإعارة العبد المسلم لكافر؛ فـ «لأن النبي ﷺ استعارَ من أبي طلحةَ فرساً فَركبهَا»[1]، و «من صفوان أَدْرَاعاً»[2]، و «سئل عن حق الإبل فقال: إعارةُ دَلوهَا فَحْلِها»[3]. فيثبت ذلك في المنصوص، ويقاس عليه سائر المنافع.

وأما كونها لا تجوز في منافع البضع؛ فلأن الوطء لا يجوز إلا في عقد نكاح أو ملك يمين، وذلك غير حاصل.

وأما كون إعارة العبد المسلم لكافر لا تجوز؛ فلأنه لا تجوز إعارته له حذراً من استخدامه.

وأما كون إعارة الأمة الشابة لرجل غير محرمها تكره؛ فلأنه لا يؤمن عليها، ولا يجوز له الخلوة بها. وذكر المصنف في المغني أن ذلك لا يجوز لما ذكر.

وفي قوله: الشابة لرجل غير محرمها إشعار بأن إعارة الكبيرة لرجل غير محرم، وإعارة الشابة لامرأة، ومحرم لا تكره، وهو صحيح؛ لأنه يؤمن فيهما ما ذكر قبل.

وأما كون استعارة والدي الشخص للخدمة تكره[4]؛ فلأنه يكره استخدامهما، فكره استعارتهما لذلك.

قال: (وللمعير الرجوع متى شاء ما لم يأذن في شَغله بشيء يستضر المستعير[5] برجوعه، مثل: أن يعيره سفينة لحمل متاعه فليس له الرجوع ما دامت في لجّة البحر. وإن أعاره أرضاً للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت، وإن أعاره حائطاً

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٨٤) ٢: ٩٢٦ كتاب الهبة، باب من استعار من الناس الفرس.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٣٠٧) ٤: ١٨٠٣ كتاب الفضائل، باب في شجاعة النبي عليه السلام وتقدمه للحرب.

(٢) سبق ذكره ص: ٥.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٩٨٨) ٢: ٦٨٥ كتاب الزكاة، باب إثم مانع الزكاة.
وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٥٤) ٥: ٢٧ كتاب الزكاة، باب مانع زكاة البقر.

(٤) زيادة يقتضيها السياق.

(٥) ساقط من هـ.

ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع ما دام عليه، فإن سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك رده).

أما كون المعير[1] له الرجوع متى شاء مع عدم إذنه في الشَّغل بشيء يستضر المستعير بالرجوع كما مثل المصنف رحمه الله؛ فلأن المنافع المستقبلة لم تحصل في يده، فلا يملكها بالإعارة ؛ كما لو لم تحصل العين في يده.

وأما كونه ليس له[2] ذلك مع الإذن في الشَّغل المذكور؛ فلأنه قلب لموضوع العارية . إذ موضوعها ارتفاق المستعير بالعين، وحصول النفع له، وضرره ينافي ذلك.

وأما كونه لا يرجع في السفينة ما دامت في لُجَّة البحر؛ فلأن الرجوع قبل ذلك يستضر به، فلم يملك الرجوع لفقد شرطه.

وأما كونه لا يرجع إذا أعاره أرضاً للدفن حتى يبلى الميت؛ فلأن في الرجوع هتكَ حرمة الميت بالنبش فلم يُمَكّن منه ؛ كما لو كان ضرراً على الحي.

وأما كونه لا يرجع في الحائط المعار لوضع أطراف خشبه ما دام عليه؛ فلأن هذا يراد للبقاء.

ولأن في الرجوع ضرراً على المستعير.

وأما كونه لا يملك رده إذا سقط عنه لهدمٍ أو غيره؛ فلأن الإذن[3] يتناول الحائط الأول[4] فلا يتعدى إلى غيره.

---

(١) في أ: المستعير.
(٢) ساقط من هـ.
(٣) مثل السابق.
(٤) مثل السابق.

قال: (وإن أعاره أرضاً للزرع لم يرجع إلى الحصاد. إلا أن يكون مما يُحصد قصيلاً فيحصده).

أما كونه لا يرجع إلى الحصاد إذا كان الزرع مما لا يُحصد قصيلاً؛ فلأن فيه ضرراً على المستعير.

وأما كونه يحصده إذا كان مما يحصد قصيلاً؛ فلأنه أمكن الرجوع من غير ضرر.

قال: (وإن أعارها للغراس والبناء، وشرط عليه القلع في وقت، أو عند رجوعه، ثم رجع: لزمه القلع. ولا يلزمه تسوية الأرض إلا بشرط. وإن لم يشرط عليه القلع لم يلزمه إلا أن يضمن له المعير النقص. فإن قلع فعليه تسوية الأرض. وإن أبى القلع فللمعير أخذه بقيمته. فإن أبى ذلك بيعا لهما. فإن أبيا البيع ترك بحاله).

أما كون المستعير يلزمه القلع مع الشرط؛ فلقوله عليه السلام: «المؤمنون عند شروطهم»(١).

ولأنه رضي بالتزام الضرر الداخل عليه بالقلع.

وأما كونه لا يلزمه تسوية الأرض أي الحفر الحاصلة فيها بالقلع مع عدم الشرط؛ فلأنه رضي بعدم التسوية حيث لم يشرطها.

وأما كونه يلزمه ذلك مع الشرط ؛ فلما تقدم في القلع.

وأما كونه لا يلزمه القلع إلا عند عدم ضمان النقص؛ فلأن فيه ضرراً على المستعير.

وأما كونه يلزمه القلع عند ضمان النقص؛ فلأنه رجوعٌ من غير إضرار.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس.

وأما كونه عليه تسوية الأرض إذا قلع وليس مشروطاً عليه قلع الغرس؛ فلأن

القلع باختياره . لو امتنع منه لم يجبر عليه . فلزمه التسوية ؛ كالمشتري لما فيه شفعة إذا أخذ غرسه[1].

ونقل المصنف في المغني عن القاضي: لا يلزمه تسوية الحُفَر؛ لأنه لما أعاره مع علمه بأن له قلع غرسه كان ذلك رضاً منه بما يحصل بالقلع من التخريب[2]، فلم تلزمه التسوية كما لو شرط القلع. ولم يحك عن الأصحاب غيره. وحكى في الكافي الوجهين معاً.

وأما كون المعير له أخذ ذلك بقيمته إذا أبى المستعير القلع؛ فلأن غرسه حصل في ملك غيره . أشبه الشفيع مع المشتري.

وأما كون الغرس والأرض يباعان لهما إذا أبيا ما ذكر؛ فلأن ذلك طريق إلى تحصيل مالية كل واحد منهما.

ولا بد أن يلحظ في قوله: بِيعا لهما أن البيع يكون بالاتفاق لقوله بعد: فإن أبيا البيع ترك بحاله.

فعلى هذا إذا بيعا دفع إلى كل واحدٍ منهما حصته. وطريقه أن يقال: كم قيمة الأرض غير مغروسة ؟ فيقال: عشرة. ويقال: كم تساوي مغروسة ؟ فيقال: خمسة عشر . فيكون للمعير ثلثا الثَّمَن ، وللمستعير ثلثه.

وأما كون ذلك يترك بحاله إذا أبيا البيع؛ فلأن جائز التصرف لا يجبر على بيع ملكه إلا في دَين.

قال: (وللمعير التصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر. وللمستعير الدخول للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة. ولم يذكر أصحابنا عليه أجرة من حين

(١) في ج: كالشفيع إذا أخذ غرسه.

(٢) في هـ: التحريث.

الرجوع، وذكروا عليه أجرة في الزرع وهذا مثله فيخرج فيهما. وفي سائر المسائل وجهان).

أما كون المعير والمستعير لكل واحدٍ منهما التصرف بما تقدم ذكره؛ فلأن لكل واحد حاجة إلى ذلك مع عدم ضرر صاحبه.

ولأن الملك يقتضي أن يملك المعير التصرف في ملكه مطلقاً . خولف فيما يضر المستعير للضرر فيبقى فيما عداه على مقتضاه. وإذنه للمستعير في الغرس والزرع إذن له فيما هو من ضروراته ، والدخول للسقي والإصلاح وأخذ الثمرة من ضرورات ذلك ، فملكه لشمول الإذن له عرفاً.

وأما كون المستعير لا أجرة عليه في الشجر من حين الرجوع؛ فلأن بقاء ذلك بحكم العارية . فوجب كونه بغير أجرة ؛ كالخشب على الحائط.

وأما كونه عليه أجرة في الزرع؛ فلأن المعير لما رجع اقتضى رجوعه أن المستعير لا يملك الانتفاع بالعارية . ضرورة بطلان الإذن المبيح لذلك بالرجوع. لكن الانتفاع لو مُنع منه إلى حصاد الزرع لأدى إلى ضرر المستعير . فوجب بقاؤه بأجرة؛ لما فيه من الجمع بين الحقين.

وأما كون مسألة الغرس مثل مسألة الزرع فيما ذكر؛ فلاستوائهما في الرجوع الموجب لما ذكر.

فعلى هذا يخرج فيهما وفي كل موضع يشبههما وجهان وجههما[1] ما تقدم.

قال: (وإن غرس أو بنى بعد الرجوع أو بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه).

أما كون من ذكر غاصباً؛ فلأنه تصرف بغير إذن المالك، وذلك شأن الغاصب.

وأما كون الغاصب يأتي حكمه؛ فلأنه يأتي في باب الغصب[2].

---

(١) في هـ: ووجههما.

(٢) ر ص: ١٨.

قال: (وإن حمل السيل بَذراً إلى أرض فنبت فيها فهو لصاحبه يبقى إلى الحصاد بأجرة مثله. وقال القاضي: لا أجرة له. ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته).

أما كون ما نبت لصاحب البذر لا لصاحب الأرض؛ فلأنه نماء ملكه.

وأما كونه مبقى إلى الحصاد؛ فلأنه حصل في ملك غيره بغير تعدٍّ منه، وفي قلعه إتلافٌ له فلم يجب عليه كما لو أذن له فيه، وكما لو حصل فصيله في ملك غيره فلم يمكن إخراجه إلا بذبحه أو قلع الباب فإنه لا يجبر على ذبحه.

وأما كون صاحب الأرض له أجرة المثل عليه على المذهب؛ فلأنه انتفع بملك غيره بغير إذنه . فوجب عليه أجرة المثل ؛ كالغاصب، وكما لو انقضت مدة المستأجر وله في الأرض زرعٌ لم يفرّط في زرعه.

وأما كونه لا أجرة له على قول القاضي؛ فلأنه حصل بغير تفريطه.

وأما كونه يحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته؛ فلأنه حصل زرع غيره في ملكه فكان له ذلك ؛ كما لو غصب ملكه وزرع.

قال: (وإن حمل غرس رجل فنبت في أرض غيره فهل يكون كغَرْس الشفيع أو كغَرْس الغاصب ؟ على وجهين).

أما كون ما ذكر كغَرْس الشفيع على وجه؛ فلأنه ساواه في عدم التعدي.

وأما كونه كغرس الغاصب على وجه؛ فلأنه ساواه في عدم الإذن. وحكم غرس الشفيع أنّ قلعه مجاناً غيرُ مستحقٍ . بخلاف غرس الغاصب.

وقول المصنف: كغرس الشفيع فيه نظر؛ لأنه يوهم أن الغرس ملك الشفيع. كما أن قوله: كغرس الغاصب كذلك ، وليس الغرس ملك الشفيع بل الشفيع إذا أخذ[1] بالشفعة وكان المشتري قد غرس لا يملك الشفيع قلع الغرس من غير ضمان النقص، والعبارة الصحيحة أن يقال: كغرس المشتري لما فيه شفعة.

(١) ساقط من هـ.

قال المصنف رحمه الله: (**وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر. والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وإن شرط نفي ضمانها. وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه. وعن الإمام أحمد أنه ذكر له ذلك فقال: «المسلمون على شروطهم»[1]. فيدل على نفي الضمان بشرطه**).

أما كون حكم المستعير حكم المستأجر في استيفاء المنفعة؛ فلأن المنافع صارت مملوكة له فكان حكمه حكم المستأجر لاشتراكهما في ذلك.

وأما كون العارية مضمونة مع عدم شرط نفي الضمان؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «بل عاريةٌ مضمونة»[2]، ويروى عنه عليه السلام أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[3] رواه أبو داود.

ولأنه أخذ ملك غيره لمنفعة نفسه منفرداً بها من غير استحقاق ولا إذن في الإتلاف. فكان مضموناً؛ كالغصب والمقبوض على وجه السوم.

وأما كونها مضمونة مع شرط نفي الضمان على المذهب؛ فلما تقدم من الحديثين.

ولأن كل عقد اقتضى الضمان أو عدمه لم يغيره[4] الشرط؛ كالبيع والوديعة والهبة والشركة والمضاربة.

وأما كونها لا تكون مضمونة على رواية؛ فلما ذكر الإمام أحمد من الحديث.

ولأن الضمان حقٌّ المعير. فإذا شرط نفيه كان راضياً بإسقاط حقه، وإذا رضي بإسقاط حقه وجب أن يسقط؛ كما لو أذن له في إتلاف ماله.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٨.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥.

(٣) أخرجه أبو داود في البيوع، باب في تضمين العارية ٣:٢٩٦/٣٥٦١. والترمذي في البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة ٣:٤٩٢/١٢٦٦. وابن ماجة في الصدقات، باب العارية ٢:٨٠٢/٢٤٠٠.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٤) في هـ: يغير.

والأول أصح؛ لما تقدم. والحديث المراد به غيرُ ذلك . جمعاً بينه وبين ما تقدم من الحديثين.

والفرق بين شرط نفي الضمان وبين الإذن في الإتلاف: أن الإتلاف فعل يصح الإذن فيه ، ويسقط حكمه . إذ لا ينعقد سبباً للضمان مع كونه مأذوناً في عكسه. أما إسقاط الضمان فهو نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك إلى المالك. ولا يملك الإذن فيه.

وأما كون العارية مضمونة بقيمتها؛ فلأن القيمة بدلٌ عنها في الإتلاف . . فوجبت عند تلفها ؛ كالإتلاف.

وأما كون الضمان حيث وجب معتبراً بيوم التلف؛ فلأنه حينئذ تحقق فوات العارية . فوجب اعتبار الضمان به.

وأما كون كل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه ، وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه؛ فلأن العقد إذا اقتضى شيئاً فشرط غيره يكون شرطاً لشيء ينافي مقتضى العقد فلم يصح ؛ كما لو شرط في المبيع أن لا يبيعه.

قال: (وإن تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعلى وجهين).

أما كون الأجزاء المذكورة تُضمن على وجه؛ فلأن التالف أجزاءٌ مضمونة لو تلفت العين قبل تلفها . فوجب أن تضمن بالاستعمال ؛ كسائر الأجزاء.

وأما كونها لا تضمن على وجهٍ؛ فلأن الإذن في الاستعمال تضمن الإذن في الإتلاف، وما أذن في إتلافه لا يضمن ؛ كالمنافع. وفارق ما إذا تلفت العين من حيث إنه لا يمكن تمييزها من العين.

ولأنه إنما أذن فيها على وجه الانتفاع ، فإذا تلفت قبل ذلك فقد فاتت على غير الوجه الذي أذن فيه . فضمنها ؛ كما لو أجّر العين المستعارة.

قال: (وليس للمستعير أن يعير، فإن فعل فتلف عند الثاني فله تضمين أيِّهما شاء. ويستقر الضمان على الثاني).

أما كون المستعير ليس له أن يعير؛ فلأن الانتفاع بالعارية مستفاد بالإذن لا بطريق المعاوضة. وهو يختلف باختلاف فاعله . فقد يرضى الشخص بانتفاع شخص دون آخر. وعلل المصنف ذلك في المغني بأن العارية: إباحة المنفعة . فلا يجوز أن يبيحها ؛ كإباحة الطعام. وهذا صحيح على قول من يقول: العارية إباحة المنفعة، أما من يقول: هي هبة المنفعة فلا يصح ذلك وينبغي حينئذ أن يقال : المنفعة وإن كانت مملوكة للمستعير إلا أن الرقبة باقية على ملك المعير. ويلزم من استيفاء المنفعة السلطة على الرقبة . فوجب أن لا يملك ذلك إلا بإذن من المعير.

فإن قيل: هذا المعنى بعينه موجود في العين المستأجرة ، وإجارتها جائزة.

قيل: الغرض من الإجارة غالباً الأجرة ، وذلك لا يختلف . بخلاف العارية فإن الغرض فيها: نفع المستعير، وذلك يختلف بالنسبة إلى من ينتفع.

ولأن الإجارة من باب المعاوضة فهي أبلغ من العارية. ولا يلزم من الجواز في الإجارة الجواز في العارية؛ لقصورها عنها. ويمكن أن يقال: مقتضى الدليل أن لا تجوز في الإجارة؛ لما ذكر، لكن المستأجر قد يستغني عن العين . فلو لم تجز الإجارة لأدى إلى فوات ماله وما قابله ، وهذا مفقود في المستعير . فوجب بقاؤه على المنع ، عملاً بمقتضى الدليل ، السالم عن المعارض.

وأما كون مالك العارية له تضمين من شاء من المستعير أوّلاً والمستعير ثانياً إذا أعار[1] الأول العارية لآخر؛ فلأن كل واحد منهما متعدٍّ.

فإن قيل: إذا لم يعلم المستعير الثاني الحال لا يوصف بالتعدي.

قيل: إن علم فالعلة ما ذكر، وإن لم يعلم فيجب عليه الضمان لحصول التلف في يده.

---

(١) في هـ: عار.

وأما كونه يستقر الضمان على الثاني؛ فلأن التلف حصل في يده.

قال: (وعلى المستعير مؤونة رد العارية. فإن ردّ الدابة إلى اصطبل المالك أو غلامه لم يبرأ من الضمان إلا أن يردها إلى من جرت عادته بجريان ذلك على يده ؛ كالسائسِ ونحوه).

أما كون مؤونة رد العارية على المستعير؛ فلأن النبي ﷺ قال: «العارية مُؤَدّاة»[1]، وقال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[2]. وإذا كانت واجبة الرد وجب أن تكون مؤونة الرد على من يجب عليه الرد.

وأما كونه لا يبرأ من الضمان إذا ردّ الدابة إلى اصطبل المالك؛ فلأنه لم يردها إلى المالك ، ولا إلى وكيله . أشبه ما لو ردّها إلى أجنبي.

وأما كونه لا يبرأ إذا ردها إلى غلامه الذي لم تجر عادته بجريان ذلك على يده؛ فلأنه لم يقبضها مأذون له في القبض قولاً ولا عُرفاً . أشبه ما لو ردّها إلى الاصطبل.

وأما كونه يبرأ إذا ردّها إلى من جرت عادته بما تقدم ذكره ؛ كالسائسِ ونحوه؛ فلأن العرف قائمٌ مقام صريح الإذن.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٢.

فصل [إذا اختلف المعير والمستعير]

قال المصنف رحمه الله: (**إذا اختلفا فقال: أجرتك ، قال: بل أعرتني عقيب العقد . فالقول قول الراكب. وإن كان بعد مضي مدة لها أجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة دون ما بقي منها. وهل يستحق أجرة المثل أو المدعى إن زاد عليها ؟ على وجهين**).

أما كون القول قول الراكب مع الاختلاف عقيب العقد؛ فلأن المالك يدعي عقداً ينكره الراكب . فكان القول قوله ؛ كسائر من أنكر.

وأما كون القول قول المالك فيما مضى مع الاختلاف بعد مضي مدة لها أجرة؛ فلأن قابض العين ادعى الإذن في الانتفاع بغير عوض ، والمالك ينكره، [والقول قول المنكر][1].

وأما كونه لا يقبل قوله فيما بقي؛ فلأنه يدعي عقداً الأصل عدمه ، وشغلَ ذمة غيره ، والأصل براءتها.

وأما كونه يستحق فيما يقبل قوله فيه أجرة المثل على وجهٍ؛ فلأنهما لو اتفقا على الإجارة واختلفا في قدر الأجرة وجب أجرة المثل فمع الاختلاف في الأصل بطريق الأولى.

وأما كونه يستحق المدعى إن زاد على أجرة المثل على وجهٍ؛ فلأن المالك قُبل قوله في الإجارة . فوجب أن يقبل في المدعى بالقياس عليها.

---

(١) زيادة من أ.

قال: (وإن قال: أعرتك، قال: بل أجرتني والبهيمة تالفة: فالقول قول المالك. وإن قال: أعرتني أو أجرتني، قال: بل غصبتني: فالقول قول المالك. وقيل: قول الغاصب).

أما كون القول قول المالك إذا ادعى العارية وادعى مَنِ العين في يده الإجارة والبهيمة تالفة؛ فلأنهما اختلفا في صفة القبض. والأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان ؛ لقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[1].

وأما كون القول قول المالك فيما إذا قال مَنِ العين في يده: أعرتني أو أجرتني، فقال المالك: بل غصبتني على المذهب؛ فلما ذكر.

وأما كون القول قول الغاصب على قولٍ؛ فلأن المالك يدعي عليه عوضاً ، الأصل براءة ذمته منه.

ولأن الظاهر مِنَ اليد أنها بحق . فكان القول قول صاحب اليد.

(١) سبق تخريجه ص: ١٢.

كتاب الغصب

الغصب حرامٌ بالكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتُدْلُوا بها إلى الحُكّامِ لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم﴾ [البقرة:١٨٨].

وأما السنة فما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته: «إن دماءَكمْ وأموالَكُمْ حرامٌ كحرمةِ يومكمْ هذا، في شهركمْ هذا، في بلدكمْ هذا»[١] رواه مسلم[٢].

وعن سعيد بن زيد قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «منْ أخذَ شِبراً من الأرضِ ظُلماً طُوِّقَهُ من سَبعِ أَرضين»[٣] متفق عليه.

وقال عليه السلام: «لا يحل مال امرئ مسلمٍ إلا عن طيبِ نفسه»[٤] رواه ابن ماجة والدارقطني والجوزجاني.

وأما الإجماع فأجمع المسلمون على تحريمه.

قال المصنف رحمه الله: (وهو: الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق. وتُضمن أم الولد والعقار بالغصب. وعنه: ما يدل على أن العقار لا يضمن بالغصب).

أما قول المصنف رحمه الله: وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق؛ فبيان لمعنى الغصب شرعاً.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٦٥٤) ٢: ٦٢٠ كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى. عن أبي بكرة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ٢: ٨٨٦ كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٠٢٦) ٣: ١١٦٨ كتاب بدء الخلق، باب ما جاء في سبع أرضين.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٠) ٣: ١٢٣١ كتاب المساقاة، باب تحريم الظلم وغصب الأرض وغيرها.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (٢٠٧١٤) ٥: ٧٢.
وأخرجه الدارقطني في سننه (٩٢) ٣: ٢٦ كتاب البيوع. كلاهما عن أبي حرة الرقاشي عن عمه. ولم أره في ابن ماجة.

وأما كون أم الولد تضمن بالغصب؛ فلأنها تجري مجرى المال . بدليل أنها تضمن بالقيمة في الإتلاف.

ولأنها مملوكة . أشبهت المدبرة.

وأما كون العقار يضمن بالغصب على المذهب؛ فلقوله عليه السلام في بعض ألفاظ الحديث: «من غصبَ شبراً من أرض طُوِّقَه يوم القيامة من سبع أرضين»[1] . أخبر أنه غصب.

ولأن ما يضمن في الإتلاف يجب أن يضمن في الغصب ؛ كالمنقول.

وأما كونه لا يضمن بالغصب على رواية؛ فلأنه لا يوجد فيه النقل والتحويل . فلم يضمن ؛ كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع.

ولأن الغصب إثبات اليد على المال تزول به يد المالك، ولا يمكن ذلك في العقار.

والأول أصح؛ لما ذكر.

قال: (وإن غصب كلباً فيه نفع ، أو خمر ذمي : لزمه رده. وإن أتلفه لم تلزمه قيمته. وإن غصب جلد ميتة فهل يلزمه رده ؟ على وجهين. فإن دبغه وقلنا بطهارته لزمه رده).

أما كون الغاصب يلزمه رد الكلب ذي النفع؛ فلأنه يجوز اقتناؤه والانتفاع به . فلزم رده ؛ كسائر الأموال المنتفَع بها.

وأما كونه يلزمه رد خَمْر الذمي؛ فلأنه يُقَرُّ على شربها.

ولأنها مالٌ عنده . فلزم ردها ؛ كسائر أمواله.

وأما كونه لا يلزمه قيمة الكلب إذا أتلفه؛ فلأنه ليس له عوض شرعي؛ لأنه لا يجوز بيعه.

---

(١) سبق تخريجه من حديث سعيد بن زيد ص: ١٨. و لم أقف عليه بهذا اللفظ : ((من غصب ...)) . نعم روى الطبراني في الكبير من حديث وائل بن حجر : ((من غصب رجلا أرضا لقي الله وهو عليه غضبان)) (٢٥) ٢٢: ١٨.

وأما كونه لا يلزمه قيمةُ خمر الذمي إذا أتلفها؛ فلما روى جابر أن رسول الله ﷺ قال: « إن الله ورسولَهُ حرمَ بيعَ الخمرِ ، والميتةِ ، والخنزيرِ ، والأصنام »[1] . متفق على صحته.

وما حرُم بيعه لا لحرمته لم تجب قيمته ؛ كالميتة.

ولأن ما لم يكن مضموناً في حق المسلِم لم يكن مضموناً في حق الذمي ؛ كالمرتد.

وأما كونه يلزمه ردّ جلد الميتة ففيه وجهان مبنيان على الروايتين في طهارته بالدبغ : فعلى رواية الطهارة: يلزمه رده؛ لأنه يمكن إصلاحه . أشبه الثوب النجس، وعلى الأخرى: لا يلزمه رده؛ لأنه لا سبيل إلى إصلاحه.

وأما[2] كونه يلزمه رده إذا دبغه وقلنا بطهارته؛ فلأنه طاهر له قيمة . فلزمه رده ؛ كسائر الأموال الطاهرة.

قال: (وإن استولى على حر لم يضمنه بذلك إلا أن يكون صغيراً ففيه وجهان. فإن قلنا : لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحُليَّه ؟ على وجهين).

أما كون الغاصب لا يضمن الحر الكبير بالاستيلاء؛ فلأنه ليس بمال.

وأما كونه لا يضمن الصغير في وجه ؛ فلما ذكر في الحر الكبير.

وأما كونه يضمنه في وجهٍ ؛ فلأنه لا يقدر على الامتناع فجرى مجرى القماش.

وأما كونه يضمن ما عليه إذا قلنا [يُضمن فلا إشكال.

ولأنه حينئذ بمنزلة عبد عليه قماش.

وأما كونه لا يضمنه إذا قلنا][1] لا يضمن على وجهٍ؛ فلأنه تبعٌ لما لا يضمن . فلو ضمن لرجح التابع على المتبوع.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢١) ٢: ٧٧٩ كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨١) ٣: ١٢٠٧ كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.

(٢) في هـ: أما.

وأما كونه يضمنه على وجهٍ؛ فلأن عدم الضمان في الصغير لكونه ليس بمالٍ ، وهذا مفقودٌ فيما عليه.

قال: (وإن استعمل الحر كرهاً فعليه أجرته. وإن حبسه مدة فهل تلزمه أجرته ؟ على وجهين).

أما كون المستعمل للحر كرهاً عليه أجرته؛ فلأن منافع الحر مالٌ . بدليل صحة مقابلتها بالمال في باب الإجارة. وإذا كانت مالاً وجب أن تضمن ؛ كسائر الأموال.

وأما كونه تلزمه أجرته إذا حبسه مدة على وجهٍ؛ فلأنه فوّت منافعه . أشبه ما لو استعمله.

وأما كونه لا تلزمه على وجهٍ؛ فلأنه ما استعمله . أشبه ما لو لم يحبسه.

⇨

(١) ساقط من هـ.

فصل [في رد المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: (ويلزمه رد المغصوب إن قدر على ردّه وإن غرم عليه أضعاف قيمته. وإن خلطه بما يتميز منه لزمه تخليصه وردّه. وإن بنى عليه لزمه ردّه . إلا أن يكون قد بلي. وإن سمّر بالمسامير باباً لزمه قلعها وردها).

أما كون الغاصب يلزمه ردّ المغصوب مع القدرة على رده؛ فلأن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[1].

ولأن حق المغصوب منه متعلق بعين ماله ولا يتحقق ذلك إلا بردّه.

وأما قول المصنف رحمه الله: وإن غرم عليه أضعاف قيمته ؛ فتنبيهٌ على أن غرامة الغاصب على ردّه لا تُسقط الرد؛ لأنه هو المتعدي فلم يُنظر إلى مصلحته.

ولأنه هو المفرّط فكان أولى بالغرامة.

وأما كونه يلزمه تخليصه وردّه إذا خلطه بما يتميز منه؛ فلأنه أمكنه ردّ مال غيره فلزمه ذلك كما لو لم يخلطه بغيره.

وأما كونه يلزمه ردّ ما بُني عليه إذا لم يكن قد بلي؛ فلأنه مغصوبٌ يمكن ردّه . فوجب ؛ كما لو لم يبنِ عليه.

وأما كونه لا يلزمه ردّه إذا كان قد بلي؛ فلأنه هلك فلم يلزم رده ؛ كما لو غصب شيئاً فتلف.

وأما كونه يلزمه قلع المسامير من الباب المسمّرة فيه؛ فلأن ردها واجب لما يأتي، ولا يمكن ذلك إلا بالقلع، ولا أثر لضرره ؛ لأنه حصل بتعدّيه.

وأما كونه يلزمه ردها؛ فلأن ذلك حقٌ يمكن إيصاله إلى مستحقه فلزمه ردها ؛ كما لو كانت باقية لم يسمّرها فيه.

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٢.

قال: (وإن زرع الأرض وردّها بعد أخذ الزرع فعليه أجرتها. وإن أدركها ربُّها والزرع قائم خُيّر بين تركه إلى الحصاد بأجرته وبين أخذه بعوضه . وهل ذلك قيمته أو نفقته ؟ على روايتين. ويحتمل أن يكون الزرع للغاصب ، وعليه الأجرة).

أما كون أجرة الأرض على زارعها غصباً إذا ردّ الأرض بعد أخذ الزرع؛ فلأنه استوفى نفعها . فوجب عليه عوضه ؛ كما لو استوفاه بالإجارة.

ولأن المنفعة مالٌ . فوجب أن تُضمن ؛ كالعين.

وأما كون رب الأرض يخيّر بين ترك الزرع إلى الحصاد بالأجرة، وبين أخذه بعوضه على المذهب؛ فلأن كل واحدٍ منهما يُحَصِّل غرضه . فمَلك الخيرةَ بينهما ، تحصيلاً لغرضه.

ولأن الحق له . فإذا تركه بأجرة مثله كان رضاً منه بأخذ عوضه . فكان له ذلك ؛ كالأرض المستأجرة إذا انقضت الإجارة ، وفيها زرع فرّط في إبقائه .

وإذا أخذه بعوضه كان ذلك له؛ لما روى رافع بن خديج قال: قال رسول الله ﷺ: «منْ زرعَ في أرضِ قومٍ بغيرِ إذنهمْ فليسَ له من الزرعِ شيءٌ ، وله نفقتُه»[1] . رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذي. وقال: حديث حسن.

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعار بأن الغاصب لا يجبر على قلع الزرع . وصرح به في المغني وغيره؛ لأن في أخذه بعوضه أو تركه بأجرته جمعاً بين الحقين.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٠٣) ٣: ٢٦١ كتاب البيوع، باب في زرع الأرض بغير إذن صاحبها.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٦) ٣: ٤٩٢ كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن زرع في أرض قوم بغير إذنهم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٦٦) ٢: ٨٢٤ كتاب الرهون، باب من زرع في أرض قوم بغير إذنهم.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٣٠٨) ٤: ١٤١.

ولأنه لو حمل في سفينة غيره مالاً وأدخلها لُجّة البحر لا يجبر على إلقاء المتاع في البحر. ولو غصب لوحاً فرقع به سفينة لم يجبر على قلعه في لُجّة البحر . فكذلك هاهنا.

ولأنه زرعٌ حصل في ملك غيره . فلم يجبر على قلعه على وجهٍ يضر به ؛ كما لو كانت الأرض مستعارة أو مشفوعة.

وأما كون عوض الزرع قيمته وقت أخذه على روايةٍ؛ فلأنها بدل عن الزرع فتقدرت بقيمته.

ولأن الزرع للغاصب إلى حين انتزاع المالك . فوجب أخذه بقيمته ؛ كما لو أخذ الشقص المشفوع.

قال المصنف في المغني: فعلى هذا ينبغي[1] أن يجب على الغاصب أجرة الأرض إلى حين تسليم الزرع؛ لأن الزرع كان محكوماً له به ، وقد شغل به أرض غيره.

وأما كونه له[2] نفقته على روايةٍ؛ فلما تقدم من الحديث.

والنفقة: هي ما أنفق من البَذر ، ومؤونة الزرع في الحرث ، والسقي ، وغيره.

وأما كون الزرع يحتمل أن يكون للغاصب؛ فلأنه نماء البَذر ، وهو ملكه.

وأما كون الأجرة عليه؛ فلأنه استوفى منفعة الأرض . فلزمته الأجرة لما تقدم.

والأول أصح؛ لما تقدم من الحديث ، والجمع بين الحقين.

قال: (**وإن غرسها أو بنى فيها أُخذ بقلع غرسه ، وبنائه ، وتسوية الأرض ، وأرش نقصها ، وأجرها**).

أما كون الغاصب يؤخذ بقلع غرسه؛ فلقوله عليه السلام: «ليسَ لعرقِ ظالمٍ حقٌّ»[3] رواه أبو داود والترمذي: وقال: حديث حسن[1].

---

(١) في هـ: يجب.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧٣) ٣: ١٧٨ كتاب الخراج، باب في إحياء الموات.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٨) ٣: ٦٦٢ كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات.

ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير إذنه . فلزمه تفريغه ؛ كما لو جعل فيه قماشاً.

فإن قيل: فما الفرق بينه وبين الزرع؟

قيل: الزرع لا تطول مدته . بخلاف الغرس.

وأما كونه يؤخذ بقلع بنائه؛ فلأنه يؤخذ بقلع الغرس لما تقدم؛ فلأن يؤخذ بقلع بنائه بطريق الأولى؛ لأن ضرر البناء أكثر وأَدْوَم.

وأما كونه يؤخذ بتسوية الأرض وأرش النقص؛ فلأنه نقص حصل بسبب تعدِّيه.

وأما كونه يؤخذ بالأجرة؛ فلما تقدم.

قال: (وإن غصب لوحاً فرقع به سفينة لم يقلع حتى ترسي).

أما كون اللوح لا يقلع قبل إرساء السفينة؛ فلأن في قلعه إفساداً لمال الغير مع إمكان ردّ الحق إلى مستحقه بعد زمنٍ يسير.

وأما كلام المصنف رحمه الله فمشعرٌ بأمرين:

أحدهما: أن اللوح يُقلع إذا أرست السفينة وهو صحيح؛ لأنه أمكن ردّ الحق إلى مستحقه من غير ضرر أحد.

وثانيهما: أنه لا فرق بين مال الغاصب وبين غيره؛ لاشتراكهما.

وقال صاحب النهاية فيها بعد ذكر مال الغاصب: ويحتمل أن يُقلع، ولا يُنظر ذلك ؛ كما لا يُنظر وقوع البناء الذي بُني على دَفٍّ غُصب. ثم قال: والأول أصح؛ لأن ضرر المالك في السفينة يزول عن قريبٍ والبناء يراد للتأبيد.

⇨

(١) ساقط من هـ.

قال: (وإن غصب خيطاً فخاط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته . إلا أن يكون الحيوان مأكولاً للغاصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان ؟ على وجهين. وإن مات الحيوان لزمه ردّه إلا أن يكون آدمياً).

أما كون الغاصب عليه قيمة الخيط الذي خاط به جرح حيوان غير مأكول؛ فلأنه تعذر ردّ الخيط إلى صاحبه . فوجب[1] أن يجب بدله وهو القيمة.

وقول المصنف: فعليه قيمته ؛ مشعرٌ بأنه: لا يلزمه قلعه . وصرح به في المغني؛ لأن الحيوان آكد حرمةً من المال. ولهذا يجوز أخذ مال الغير لحفظ حياته.

وأما كونه لا يلزمه ردّه إذا خاط به جرحَ حيوان مأكولٍ على وجه؛ فلما تقدم من أن الحيوان آكد حرمةً في نفسه ، وقد «نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكلة».

وأما كونه يلزمه رده على وجهٍ؛ فلأنه يمكنه ذبح الحيوان ، والانتفاعُ بلحمه ، وذلك جائز.

وقول المصنف: للغاصب ؛ مشعرٌ بأن الوجهين في ملك الغاصب، فإن كان ملكاً لغيره لم يلزمه ردّه، وصرح به في المغني؛ لأن فيه ضرراً بصاحب الحيوان، والضرر لا يزال بالضرر. ولا يجوز إتلاف مالِ مَنْ لم يجن ، صيانةً لمال آخر.

وأما كونه يلزمه الردّ بعد موت الحيوان غير الآدمي؛ فلأن الدليل يقتضي الرد ، لكونه إيصالاً للمال إلى مالكه خولف فيما إذا كان الحيوان حياً لحرمته . فبقي فيما عدا الحيوان على مقتضى الدليل.

ولأن عدم الرد في الحياة إنما كان خشية التلف فإذا مات أمكن ذلك.

وأما كونه لا يلزمه الرد في الآدمي الميت؛ فلأن حرمة الميت كحرمة الحي ، وقد جاء في الحديث: «كسرُ عظمِ الميتِ ككَسْرِ عظمِ الحي »[2].

---

(١) في هـ: فيجب.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٢٠٧) ٣: ٢١٢ كتاب الجنائز، باب في الحفار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٦١٧) ١: ٥١٦ كتاب الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت. قال في الزوائد: في إسناده عبد الله بن زياد، مجهول. ولعله عبد الله بن زياد بن سمعان المدني، أحد المتروكين.

فصل [إذا رد المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: (وإن زاد لزمه ردّه بزيادته . سواء كانت متصلة ؛ كالسمن ، وتعلم صَنعة، أو منفصلة ؛ كالولد ، والكسب. ولو غصب جارحاً فصاد به ، أو شبكة ، أو شرْكاً فأمسك شيئاً، أو فرساً فصاد عليه ، أو غنم : فهو لمالكه).

أما كون الغاصب يلزمه ردّ المغصوب؛ فلما تقدم[1].

وأما كونه يلزمه ردّ زيادته؛ فلأنها نماء ملك المالك . فلزم ردها ؛ كالأصل.

وأما كون الزيادة المتصلة والمنفصلة سواء في لزوم الرد؛ فلاشتراكهما في كونهما نماء ملك المغصوب منه.

وأما كون الصيد والغنيمة في المسائل المذكورة لمالك الجارح والشبكة والشِّرْك والفرس؛ فلأن ذلك كله حصل بسبب ملكه . فكان له ؛ كما لو غصب دابة فحمل عليها مال غيره . فإن الأجرة مستحقة للمالك دونه.

قال: (وإن[2] غصب ثوباً فقَصَرَه، أو غزلاً فنسجه، أو فضة أو حديداً فضربه، أو خشباً فنجره، أو شاة فذبحها وشواها : ردّ ذلك بزيادته ، وأرش نقصه ، ولا شيء له. وعنه: يكون شريكاً بالزيادة. وقال أبو بكر: يملكه وعليه قيمته).

أما كون الغاصب يلزمه ردّ ذلك كله بزيادته على المذهب؛ فلأن ذلك عين المال المغصوب منه . فلزمه ردّه إليه ؛ كما لو ذبح الشاة و لم يشوها.

---

(١) ص: ٢٢.

(٢) في هـ: ولو.

ولأن كل ما فعله الإنسان بماله لا يزيل ملكه عنه ، إذا فعله بملك غيره لا يزيل ملكه عنه؛ لأن الفعل المذكور إذا لم يكن صالحاً للإزالة . فلأن لا يكون صالحاً للإزالة في ملك غيره بطريق الأولى.

وأما كونه يردّ أرش النقص إن نقص المغصوب بذلك؛ فلأنه حصل بفعله.

وأما كون الغاصب لا شيء له بعمله المؤدي إلى الزيادة على المذهب؛ فلأنه تبرع في ملك غيره.

وأما كونه شريكاً بالزيادة على رواية؛ فلأن الزيادة حصلت بمنافعه، والمنافع تجري مجرى الأعيان . أشبه ما لو غصب ثوباً فصبغه. وفرّق المصنف بينهما بأن الصبغ عين مال لا يزول ملك مالكه عنه بجعله مع ملك غيره . بخلاف ما ذُكر. وذكر أبو الخطاب : أنه يكون شريكاً على الصحيح.

وأما كونه يملك ذلك وعليه قيمته على قول أبي بكر؛ فلأنه يروى «أن النبي ﷺ زار قوماً من الأنصار في دارهم . فقدموا إليه شاةً مشوية . فجعل يَلُوكُها ولا يسيغها . فقال: إن هذه الشاة لتخبرني أنها أُخذت بغير حق . فقالوا: نعم يا رسول الله! طلبنا شاة في السوق فلم نجد . فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها . فقال النبي ﷺ: أطعموها الأسرى »[1].

وجه الدلالة : أنه لو لم ينقطع ملك المالك لأمر بردها إليه.

وذكر المصنف في المغني : أن كلام أحمد يدل على أن الغاصب ملكها بالقيمة . ثم قال: إلا أن المذهب ما قلناه . يعني: أن الملك باقٍ على ملك مالكه ، ووجهه[2] ما تقدم. ثم[3] قال: والحديث غير معروف كما رويَ.

---

(١) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج أحمد في مسنده عن جابر : ((أن رسول الله ﷺ وأصحابه مروا بامرأة . فذبحت لهم شاة واتخذت لهم طعاماً . فلما رجع قالت: يا رسول الله ! إنا اتخذنا لكم طعاماً فادخلوا فكلوا . فدخل رسول الله ﷺ وأصحابه ، وكانوا لا يتبدؤون حتى يبتدأ النبي ﷺ . فأخذ النبي ﷺ لقمة . فلم يستطع أن يسيغها . فقال النبي ﷺ: هذه شاة ذُبحت بغير إذن أهلها . فقالت المرأة: يا نبي الله ! إنا لا نحتشم من آل سعد بن معاذ ولا يحتشمون منا . نأخذ منهم ويأخذون منا)). (١٤٨٢٧) ٣: ٣٥١.

(٢) في هـ: ووجه.

(٣) ساقط من هـ.

قال: (وإن غصب أرضاً فحفر فيها بئراً ، ووضع ترابها في أرض مالكها : لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجهين).

أما كون الغاصب لا يملك طم البئر المتقدم ذكرها إذا أبرأه المالك من الضمان في وجه ؛ فلأنه إتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله ؛ كما لو غصب نقرة فضربها دراهم ثم أراد ردها نقرة.

وأما كونه يملك طمها في وجهٍ ؛ فلأنه لا يبرأ من الضمان بإبراء المالك له ؛ لأنه إبراء مما لم يجب بعد.

ولأنه إبراء من حق غيره ، وهو الواقع فيها .

وكلام المصنف في المغني يشعر بترجيح الأول ؛ لأنه قال بعد ذكر المسألة: ولنا: أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي، فإذا رضي صاحب الأرض زال التعدي فزال الضمان، وليس هذا إبراء مما لم يجب إنما هو إسقاط للتعدي لرضاه بذلك.

وفي تقييد المصنف الخلاف المذكور بوضع التراب في أرض المالك ، وبإبرائه : إشعارٌ بأن الغاصب إذا وضع التراب في أرض غير المالك ، أو لم يبرئه صاحب الأرض لا يجري الخلاف المذكور . وهو صحيح : أما مع كون التراب في أرض غير المالك؛ فلأن التراب متى كان في أرض غير[1] المالك كان له في طم البئر غرض منه ، أمنه من إلزامه نقل التراب إلى موضع يستضر بنقله إليه.

وأما مع عدم إبراء المالك من الضمان ؛ فلما فيه من الضرر اللاحق به ، المنفي شرعاً.

قال: (وإن غصب حباً فزرعه ، أو بيضاً فصار فرخاً ، أو نوًى فصار غرساً : ردّه، ولا شيء له. ويتخرّج فيه مثل الذي قبله).

أما كون الغاصب يرد ما ذُكر على المذهب؛ فلأنه عينُ مال مالكه.

وأما كونه لا شيء له؛ فلأنه تبرعٌ بفعله.

وأما كون ما ذكر يتخرج فيه مثلُ الذي قبله . والمراد به الغزل إذا نسج؛ فلأنه يساويه معنى . فوجب أن يساويه حكماً.

(١) ساقط من هـ.

فصل [إذا نقص المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: (وإن نقص لزمه ضمان نقصه بقيمته ، رقيقاً كان أو غيره. وعنه: أن الرقيق يُضمن بما يضمن به في الإتلاف. ويتخرج أن يضمن بأكثر الأمرين منهما. وإن غصبه وجنى عليه ضمنه بأكثر الأمرين. وإن جنى عليه غيرُ الغاصب فله تضمين الغاصب أكثر الأمرين، ويرجع الغاصب على الجاني بأرش الجناية . وله تضمين الجاني أرش الجناية وتضمين الغاصب ما بقي من النقص. وإن غصب عبداً فخصاه لزمه رده ورد قيمته. وعنه: في عين الدابة من الخيل والبغال والحمير ربع قيمتها. والأول أصح).

أما كون الغاصب يلزمه ضمانُ ما نقص من عين الرقيق بالقيمة؛ فلأنه يُضمن بذلك في الإتلاف فكذا هاهنا؛ لاشتراكهما في التلف تحت يد عادية.

وأما كون الرقيق يُضمن بذلك على المذهب ؛ فبالقياس على غيره؛ لاشتراكهما في التلف.

وأما كونه يُضمن بما يُضمن به في الإتلاف على روايةٍ ؛ فكما لو أتلفه غير الغاصب.

وأما كونه يتخرج أن يضمنه بأكثر الأمرين المتقدم ذكرهما؛ فلأن في ذلك ردعاً للغاصب، وكما لو غصبه ثم أتلفه.

وأما كونه يَضمن أكثر الأمرين إذا غصبه وجنى عليه؛ فلأنه وجد سبب ضمان كل واحدٍ منهما . فوجب اعتبار أكثرهما ترتيباً على السبب الموجب[1] ما يقتضيه.

---

(١) ساقط من هـ.

وأما كون المالك له الخيرة بين تضمين الغاصب وبين تضمين الجاني إذا جنى عليه غير الغاصب؛ فلأن كل واحدٍ منهما متعدٍّ: أما الغاصب؛ فلأن النقص حصل في يده ، وأما الجاني؛ فلأن النقص حصل بإتلافه.

فعلى هذا إن ضمّن الغاصب ضمّنه أكثر الأمرين لما تقدم. ويرجع الغاصب على الجاني بأرش الجناية ، لأنه هو المتلف. وإن ضمّن الجاني ضمّنه أرش الجناية لا أكثر الأمرين ؛ لأن أكثر الأمرين إنما وجب لوجود اليد العادية ، ولا يد للجاني[1]، وضمّن الغاصب ما بقي من أكثر الأمرين ؛ لأنه كان يجب عليه أكثر الأمرين . سقط منه قدر أرش الجناية ؛ لأنه استوفي من فاعلها فبقي الباقي على ما كان عليه.

وأما كونه يلزمه ردّ العبد إذا خصاه؛ فلأنه عينُ ملك غيره.

وأما كونه يلزمه ردّ قيمته؛ فلأن الخصيتين يجب فيهما كمالُ القيمة؛ كما يجب فيهما كمال الدية من الحرّ.

وأما كون الدابة من الخيل والبغال والحمير يَضمن عينها بربع قيمتها على روايةٍ ؛ فلما روى زيد بن ثابت «أن النبي ﷺ قضى في عين الدابة بربع قيمتها»[2].

ورُوي عن عمر رضي الله عنه «أنه كتب إلى شُريح لما كتب إليه يسأله عن عين الدابة: إنا كنا ننزلها منزلة الآدمي. إلا أنه أجمع رأينا أن قيمتها ربع الثمن »[3].

وأما كون الأول أصح . والمراد به أن المغصوب يضمن نقصه بالقيمة ، رقيقاً كان أو غيره ؛ فلما ذكر.

ولأن ضمان اليد ضمان المال فكان الواجب فيه ما نقص ؛ كالثوب. وحديث زيد لا يُعرف صحته ولو صح لما احتج الإمام أحمد وغيره بحديث عمر ، وتركوا قول النبي ﷺ. وقول عمر محمول على أن ذلك كان قدر نقصها ؛ كما روي عنه

---

(١) في هـ: الجاني.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير ٥:١٣٩/٤٨٧٨.

(٣) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه نحوه (١٨٤١٨) ١٠: ٤٠٠ كتاب العقول ، باب عين الدابة.

«أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً »[1]. ولو كان تقديراً لوجب في العين نصف الدية كعين الآدمي.

قال: (وإن نقصت العين لتغير الأسعار لم يضمن. نص عليه. وإن نقصت القيمة لمرض ثم عادت ببرئه لم يلزمه شيء. وإن زاد من جهة أخرى؛ مثل: إن تعلم صنعة فعادت القيمة ضمن النقص).

أما كون الغاصب لا يضمن النقص لتغير الأسعار على المنصوص؛ فلأنه ردّ المغصوب بحاله، لم ينقص منه عين ولا أثر. فلم يجب عليه شيء؛ كما لو لم ينقص في السوق.

وأما كونه لا يلزمه شيء إذا نقصت القيمة لمرض، ثم عادت ببرئه؛ فلأنه عاد ما ذهب. أشبه ما لو أَبَق العبد ثم عاد.

وأما كونه يضمن بعض ما زاد من جهة أخرى؛ مثل: إن تعلم صنعة، وعادت القيمة؛ فلأن حدوث المرض أوجب الضمان، والزيادة حدثت على ملك المغصوب منه. فلا ينجبر ملك الإنسان بملكه.

قال: (وإن زادت القيمة لسمن أو نحوه. ثم نقصت: ضمن الزيادة. وإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها لم يضمنها في أحد الوجهين. وإن كانت من غير جنس الأولى لم يسقط ضمانها. وإن غصب عبداً مفرطاً في السِّمَن، فهُزِل، فزادت قيمته: ردّه ولا شيء عليه).

أما كون الغاصب يضمن زيادة القيمة بسِمَنٍ أو نحوه إذا نقصت؛ فلأنها زيادة في عين المغصوب. فوجب أن يضمنها؛ كما لو طالبه بردّها فلم يردّها.

وأما كونه إذا عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها؛ كمن غصب عبداً قيمته مائة فسَمِن فصارت قيمته مثلاً مائتين. ثم ذهب السِّمَن فصارت قيمته مائة. ثم

---

(١) لم أقف عليه هكذا. وقد أخرجه عبدالرزاق في مصنفه عن قتادة قال: « قضى عمر بن الخطاب في العين القائمة إذا فقئت بثلث ديتها ». (١٧٤٤١) ٩: ٣٣٤ كتاب العقول، باب العين القائمة.

سَمِن فصارت قيمته مائتين لا يضمن الزيادة وهي هنا مائة في وجهٍ ؛ فلما ذكر في برء العبد بعد مرضه.

وأما كونه يضمنها في وجهٍ ؛ فكما لو كانت الزيادة من جنس آخر.

وأما كون الضمان لا يَسقط إذا كانت الزيادة من غير جنس الأولى ؛ فلما ذكر في الصحيح إذا مرض ثم تعلم صنعة.

وأما كونه يردّ العبد إذا غصبه مفرطاً في السِّمَن فهُزِل فزادت قيمته؛ فلأنه عين ملك غيره.

وأما كونه لا شيء عليه؛ فلأنه لم تنقص قيمته.

قال: (وإن نقص المغصوب نقصاً غير مستقر ؛ كحنطة ابتلّت وعفنت : خُيّر بين أخذ مثلها ، وبين تركها حتى يستقر فسادها. ويأخذها وأرش نقصها).

أما كون مالك ما ذكر يخير بين ما ذُكر؛ فلأنه لا يمكن أن يجب له المثل ؛ لأن عين حقه موجودة ، ولا يمكن أن يجب له أخذها في الحال ؛ لأنه لا يخلو: إما أن يجب مع الأرش النقص ، أو لا ، مع أرشه ، وكلاهما باطل: أما الأول؛ فلأنه يلزم منه سقوط حقه بسبب النقص.

وأما الثاني؛ فلأن أرش العيب قبل استقرار العيب لا يمكن معرفته ولا ضبطه . وإذا كان الأمر كذلك كان له الخيرة بين أخذ المثل ؛ لأن في التأخير إلى أن يستقر الفساد ضرراً ، وقد تعذر قبولها معيبة في الحال؛ لما تقدم فلم يبق سوى المثل ، وبين تركه حتى يستقر الفساد ؛ لأن التأخير ضرر[1] عليه . فإذا رضي بإسقاطه سقط فإذا استقر أخذ العين ؛ لأنها ملكه ، وأخذ أرش النقص من الغاصب؛ لأنه حصل بجنايته . أشبه تلف الجزء المغصوب.

(١) في هـ: ضرراً.

قال: (وإن جنى المغصوب فعليه أرش جنايته. سواء جنى على سيده أو غيره. وجنايته على الغاصب وعلى ماله هدر).

أما كون أرش جناية المغصوب على الغاصب؛ فلأنه نقص في مالية العبد لكونه يتعلق برقبته فكان مضموناً على الغاصب ؛ كسائر النقص.

وأما كون جنايته[1] على سيده وجنايته على غيره سواء؛ فلحصولهما تحت يده العادِيَة.

وأما كون جنايته على الغاصب وعلى ماله هدراً؛ فلأنها إذا كانت على الغير كانت على الغاصب، وإذا كانت على نفسه أو ماله وجب أن تكون هدراً ؛ كسيد غير المغصوب إذا جنى عبده عليه أو على ماله.

قال: (وتُضمن زوائد الغصب ؛ كالولد ، والثمرة إذا تلفت ، أو نقصت ؛ كالأصل).

أما كون زوائد الغصب تضمن؛ فلأنها مال غيره ، حصلت في يده بالغصب . فضمنت بالتلف؛ كما لو أتلفها[2]، وقياساً على الأصل.

وأما قول المصنف رحمه الله: إذا تلفت أو نقصت؛ فبيان لنوعي ما يجب به الضمان.

وأما قوله: كالأصل؛ فإشارة إلى أن كل ما يضمن به الأصل يضمن به الزوائد لينبه على ذلك، ولينقل كل حكم ثابت في الأصل إلى زوائده.

---

(١) ساقط من هـ .

(٢) في هـ: أتفلها.

فصل [إذا خلط المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: (وإن خلط المغصوب بماله على وجه لا يتميز ؛ مثل : إن خلط حنطة ، أو زيتاً بمثله : لزمه مثله منه في أحد الوجهين ، وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء).

أما كون الغاصب إذا خلط المغصوب بماله كما ذكر يلزمه ردّ المثل فلا خلاف فيه؛ لأنه مثلي.

وأما كون المثل من المختلط في وجهٍ ؛ فلأنه يقدر على دفع بعض ماله فلم ينتقل إلى بدله.

وأما كونه من حيث شاء في وجهٍ ؛ فلأنه تعذر ردّ عين ماله بالخلط . فوجب مطلق المثل.

قال: (وإن خلطه بدونه ، أو خيْر منه ، أو بغير جنسه : لزمه مثله في قياس التي قبلها. وظاهر كلامه: أنهما شريكان بقدر ملكيهما).

أما كون من خلط ما ذكر يلزمه المثل في قياس التي قبلها؛ فلأنه صار بالخلط مستهلكاً . ولهذا لو اشترى زيتاً فخلطه بزيته ثم أفلس صار البائع كسائر الغرماء.

ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له الانتقال إلى بدله؛ كما لو كان تالفاً.

وأما كونهما شريكين بقدر ملكيهما في ظاهر كلام أحمد؛ فلأنه إذا فعل ذلك وصل كل واحدٍ إلى عين ماله ، وعند إمكان الرجوع إلى عين المال لم يُرجع إلى البدل.

فعلى هذا يباع ، ويقسم بينهما على قدر ملكيهما.

قال: (وإن غصب ثوباً فصبغه ، أو سويقاً فلتّه بزيت ، فنقصت قيمتهما ، أو قيمة أحدهما : ضمن النقص . وإن لم تنقص ولم تزد ، أو زادت قيمتهما : فهما شريكان بقدر ماليهما . وإن زادت قيمة أحدهما فالزيادة لصاحبه).

أما كون الغاصب يضمن النقص إذا نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما؛ فلأنه نقصٌ حصل بتعديه . فضمن؛ كما لو أتلف بعضه.

ولا بد أن يلحظ أن النقص هنا بسبب العمل . فإن كان بسبب تغير السعر لم يضمنه . صرح به المصنف في المغني.

وأما كونهما شريكين بقدر ماليهما إذا لم ينقص ولم يزد ، أو زادت قيمتهما؛ فلأن عين الصبغ ملك الغاصب ، واجتماع الملكين يقتضي الاشتراك.

وأما كون الزيادة لصاحب الملك الذي زادت قيمته؛ فلأنها تبع للأصل.

قال: (فإن أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه. ويحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص).

أما كون كل واحدٍ من الغاصب والمغصوب منه لا يجبر على قلع الصبغ على الأول؛ فلأن المزيد إما المغصوب منه وإما الغاصب : فإن كان المغصوب منه لم يجبر الغاصب عليه ؛ لأن الصبغ يهلك بالإخراج وقد أمكن وصول الحق إلى صاحبه بدونه وهو البيع ، وإن كان الغاصب لم يجبر المغصوب منه ؛ لأن ماله ينقص بسبب أخذه.

وأما كون المغصوب منه يحتمل أن يجبر إذا ضمن الغاصب النقص؛ فلأن المانع ما يلحقه من الضرر ، فإذا ضمنه الغاصب انتفى . فوجب أن يجبر . عملاً بالمقتضي له ، السالم عن المعارض.

واعلم أن المذهب فيما ذكر: أن الغاصب إذا أراد قلع الصبغ أُجبر المالك ، وأن المالك إذا أراد قلعه لم يجبر الغاصب ؛ لأن ضرر المالك يندفع بضمان الغاصب نقص الثوب بالقلع . بخلاف الغاصب فإن ضرره لا يندفع لفوات صبغه بالكلية.

وقال المصنف في المغني: إن لم يكن للصبغ قيمة إذا قُلع ، فأراد الغاصب القلع : لم يكن له ذلك ؛ لأنه سَفَهٌ.

قال: (وإن وهب الصبغ للمالك ، أو وهبه تزويق الدار ، ونحوها . فهل يلزم قبولها ؟ على وجهين).

أما كون المالك يلزمه القبول على وجهٍ؛ فلأن الصبغ صار من صفات العين . فهو كزيادة الصفة في السلم.

وأما كونه لا يلزمه على وجهٍ؛ فلأن الصبغ عينٌ يمكن إفرادها . فلم يلزمه قبولها؛ كما لو وهبه عيناً مفردة.

قال: (وإن غصب صبغاً فصبغ به ثوباً ، أو زيتاً فلتَّ به سويقاً : احتمل أن يكون كذلك، واحتمل أن تلزمه قيمته ، أو مثله إن كان مثلياً).

أما كونه يحتمل أن يكون الغاصب والمغصوب منه شريكين بقدر ماليهما ، وهو المعني بقول المصنف رحمه الله: احتمل أن يكون كذلك ؛ فقياس على ما إذا غصب ثوباً فصبغه.

وأما كونه يحتمل أن يلزم الغاصب مثله إن كان مثلياً ، وإلا فقيمته؛ فلأن الصبغ والزيت صار في الثوب والسويق مستهلكين . أشبه ما لو أتلفهما.

قال: (وإن غصب ثوباً وصبغاً ، فصبغه به : ردّه وأرش نقصه ، ولا شيء له في زيادته).

أما كون الغاصب يرد الثوب؛ فلأنه عين ملكِ غيره.

وأما كونه يرد أرش النقص؛ فلأنه حصل بفعله.

وأما كونه لا شيء له في زيادته؛ فلأنه متبرع.

فصل [إذا وطئ الجارية المغصوبة]

قال المصنف رحمه الله: (وإن وطئ الجارية فعليه الحد والمهر وإن كانت مطاوعة، وأرش البكارة. وعنه: لا يلزمه مهر الثيب. وإن ولدت فالولد رقيق للسيد. ويضمن نقص الولادة).

أما كون الواطئ عليه الحد؛ فلأنه زان فيدخل تحت الأدلة الموجبة للحد.

وأما كونه عليه المهر إذا كانت الموطوءة بكراً؛ فلأن المهر يجب بالوطء في غير زوجته وأمته. دليله وجوبه في وطء الحرة.

وأما كونه عليه ذلك إذا كانت ثيباً على المذهب؛ فلما ذكر.

وأما كونه لا يلزمه ذلك على روايةٍ؛ فلأنه لم يُنقِص منها جزءاً ولم يُتْلِف بعضها. أشبه ما لو لم يطأها.

والأول أصح؛ لما ذكر.

ولأنه لا فرق بين الثيب والبكر في استحقاق المهر بسبب العقد. فكذا في استحقاقه بسبب الوطء.

وأما كون الحكم كذلك وإن كانت الجارية مطاوعة؛ فلأن المهر هنا للسيد. فلا يسقط بمطاوعتها؛ كما لو أذنت في قطع يدها.

ولأنه حقٌّ يجب للسيد مع إكراهها. فوجب مع مطاوعتها ؛ كأجرة منافعها. وبهذا فارقت الحرة المطاوعة إذ الحَقُّ لها فسقط بما يدل على إسقاطه؛ لأن رضاها اقترن بالسبب الموجب.

وأما كونه عليه أرش البكارة؛ فلأنه إذهاب جزء. أشبه قطع يدها.

فإن قيل: لم جمعتم[1] بين المهر وأرش البكارة ؟

قيل: لأن كل واحد يُضمن منفرداً . بدليل: أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها، ولو افتضها بأصبعه وجب أرش بكارتها. وإذا وجب ضمانهما منفردين وجب ضمانهما مجتمعين.

وأما كون الولد رقيقاً للسيد؛ فلأن ولد الأمة يتبع أمه في الرق في النكاح الحلال ، ففي الحرام بطريق الأولى، لأن حال الجاني يقتضي التحامل عليه؛ لما فيه من الزجر.

وأما كونه يَضمن نقص الولادة؛ فلأنه نقص حصل بفعله . أشبه ما لو نقصت بقطع يدها ونحوه.

قال: (وإن باعها أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين أيهما شاء : نقصها ، ومهرها ، وأجرتها ، وقيمة ولدها إن تلف . فإن ضمَّن الغاصب رجع على الآخر ، ولا يرجع الآخر عليه).

أما كون المالك له تضمين من شاء من الغاصب والمشتري أو الموهوب له؛ فلأن كل واحدٍ منهما متصرف في ماله بغير إذنه . فوجب تضمين من شاء منهما؛ لما فيه من تحصيل حقه، وزجر من يشتريه من غاصبه أو متّهبه.

وأما كونه له تضمين نقص العين المغصوبة ومهرها وأجرتها وقيمة ولدها التالف؛ فلأن ذلك جميعه يضمنه الغاصب لو انفرد فكذا هنا.

وأما كون الغاصب يرجع على الآخر إذا ضمّنه المالك؛ فلأن النقص حصل في يده، والمنفعة التي يقابلها المهر، والأجرة حصلت له دون الغاصب، والأولاد أولاده . فوجب أن يستقر ضمان ذلك عليه.

وأما كونه لا يرجع الآخر عليه إذا ضمنه؛ فلأن الغاصب لو ضمّنه المالك ذلك لرجع به عليه فكيف يرجع الآخر بذلك عليه ؟.

(١) في هـ: جعلتم.

قال: (وإن لم يعلما بالغصب فضمّنهما رجعا على الغاصب . وإن ولدت من أحدهما فالولد حر ويفديه بمثله في صفاته تقريباً. ويحتمل أن يعتبر مثله في القيمة . وعنه: يضمنه بقيمته ، ويرجع به على الغاصب . وإن تلفت فعليه قيمتها ، ولا يرجع بها إن كان مشترياً ، ويرجع بها المتهب . وعنه: أن ما حصلت له به منفعة ؛ كالأجرة ، والمهر ، وأرش البكارة : لا يرجع به).

أما كون المشتري والموهوب له يرجعان على الغاصب إذا لم يعلما بالغصب وضمنهما المالك؛ فلأنهما دخلا في العقد على أن يتلفا ذلك بغير عوض . فوجب أن يرجعا عليه ؛ لأنه غرّهما.

وأما كون الولد حراً إذا ولدت من أحدهما؛ فلأن اعتقادهما أنهما يطآن مملوكتهما منع انخلاق[1] الولد رقيقاً . أشبه المغرور في النكاح.

وأما كون الوالد يفدي ولده؛ فلأنه فوّت رقّه باعتقاده . أشبه المغرور.

وأما كونه يفديه بمثله في صفاته تقريباً على المذهب؛ فلأنه حر . فلا يضمن بقيمته ؛ كسائر الأحرار.

وأما كونه يحتمل أن يُعتبر مثله في القيمة؛ فلأنه أقرب من نفس القيمة.

وأما كونه يَضمنه بقيمته على روايةٍ . وهي الصحيحة من جهة المعنى؛ فلأنه ليس بمثلي . فضُمن بالقيمة ؛ كسائر المتقومات.

وأما كونه يرجع على الغاصب؛ فلأن الواطئ دخل على أن يسلم له الأولاد . فإذا لم يسلم له ذلك فقد غرّه الغاصب . فوجب أن يرجع عليه ؛ كالمغرور في النكاح.

وأما كون من تقدم ذكره من المشتري ، والموهوب له : عليه قيمة الجارية إذا تلفت؛ فلأن التلف حصل تحت يده العادية . فوجب عليه ضمانها ؛ كالغاصب.

(١) في هـ: إلحاق.

وأما كون القيمة لا يرجع بها إن كان مشترياً ويرجع بها المتّهب؛ فلأن المشتري دخل مع الغاصب على أن العين إن تلفت كان ضامنها لها بالثمن . بخلاف المتهب فإنه لم يدخل على ذلك.

وأما كون من تقدم ذكره لا[1] يرجع بما حصلت له به منفعة ؛ كالأجرة ، والمهر ، وأرش البكارة على رواية؛ فلأنه غرم ما استوفى بدله . فلم يرجع به . إذ في الرجوع الجمع بين العوض والمعوض ، وهو غير جائز.

قال: (وإن ضمّن الغاصب رجع على المشتري بما لا يُرجع به عليه).

أما كون الغاصب يرجع على المشتري بما ذكر؛ فلأن التلف حصل في يده وهو كالمباشر ، والغاصب كالمتسبب.

وأما كونه لا يرجع عليه بما يرجع المشتري به عليه؛ فلأنه لا فائدة فيه.

فإن قيل: ما تحقيق ذلك ؟

قيل: ما يجب ضمانه على ثلاثة أضرب:

أحدها: قيمة العين. فهذا إذا ضمنه الغاصب يرجع به على المشتري؛ لأن المشتري دخل على أن العين إن هلكت هلكت[2] في ضمانه.

وثانيها: قيمة الولد. فهذا إذا ضمنه الغاصب لا يرجع به على المشتري؛ لأن المشتري لو ضمنه رجع عليه . فكيف يرجع هو بما يرجع به[3] عليه ؟.

وثالثها: المهر ، وأرش البكارة ، والأجرة ، ونحو ذلك. فهذا إذا ضمنه الغاصب فيه روايتان . منشؤهما: أن المشتري إذا ضَمن ذلك هل يرجع به على الغاصب ؟ وفيه روايتان: فعلى قولنا يرجع بذلك على الغاصب لا يرجع به الغاصب عليه إذا ضمنه؛ لما ذُكر قبلُ.

---

(١) في هـ: لأنه.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) مثل السابق.

وعلى قولنا: لا يرجع به عليه إذا ضمنه الغاصب : رجع به على المشتري؛ لأنه يصير بمنزلة قيمة العين.

قال: (وإن ولدت من زوج ، فمات الولد : ضمنه بقيمته ، وهل يرجع بها على الغاصب ؟ على روايتين).

أما كون الزوج يضمن الولد بالقيمة؛ فلأنه ينعقد رقيقاً؛ لأن الواطئ لا يعتقد أنها مملوكة . بخلاف المشتري الجاهل بالغصب.

وأما كونه يرجع بالقيمة على الغاصب على روايةٍ؛ فلأن الغاصب غرّه.

ولأنه دخل على أن الولد إن تلف تلف على مالك الجارية؛ لأنه مملوكه.

وأما كونه لا يرجع بها على روايةٍ؛ فلأن التلف حصل في يده . أشبه تلف الجارية.

قال: (وإن أعارها ، فتلفت عند المستعير : استقر ضمان قيمتها عليه، وضمان الأجرة على الغاصب).

أما كون ضمان القيمة يستقر على المستعير؛ فلأن العارية مضمونة بالقيمة.

وأما كون ضمان الأجرة يستقر على الغاصب؛ فلأن المستعير دخل على أن يستوفي المنافع مجاناً. ويجب أن لا يكون المستعير هاهنا عالماً بالغصب؛ لأنه إذا كان عالماً به استقر عليه قيمة العين والأجرة . صرح به المصنف في المغني.

وفي قول المصنف رحمه الله[1]: استقر : تنبيهٌ على أن للمالك مطالبة من شاء منهما . وهو صحيح؛ لما تقدم.

فعلى هذا إن ضَمَّن المالك الغاصب قيمة العين رجع بها على المستعير، وإن ضَمَّنها المستعير لم يرجع بها على الغاصب. ولو ضمن الغاصبُ الأجرة لم يرجع بها على المستعير. ولو ضمِنَها المستعير رجع بها على الغاصب . وهذا هو المعني بالاستقرار.

وحكى المصنف في المغني في المستعير وجهاً: أنه لا يرجع إذا ضمن الأجرة؛ لأنه انتفع ببدلها ، وهو نظير المهر وأرش البكارة مما تقدم.

(١) ساقط من هـ.

قال: (وإذا اشترى أرضاً فغرسها، أو بنى فيها فخرجت مستحقة، فقلع غرسه وبناءه: رجع المشتري على البائع بما غرمه. ذكره القاضي في القسمة).

أما كون المشترى يرجع بما غرمه على البائع؛ فلأن البائع غرّه. فوجب أن يرجع بما غرمه عليه. أشبه ما غرمه المشتري من الغاصب من قيمة ولد ونحوه[١].

وأما قول المصنف: ذكره القاضي في القسمة؛ فتنبيه على أن الحكم نقل في الباب المذكور.

قال: (وإن أطعم المغصوبَ لعالم بالغصب استقر الضمان عليه. وإن لم يعلم وقال له الغاصب: كله، فإنه طعامي: استقر الضمان على الغاصب. وإن لم يقل ففي أيهما يستقر الضمان عليه؟ وجهان).

أما كون الضمان يستقر على الآكل العالم بالغصب؛ فلأنه أتلف مال الغير من غير تغرير. فوجب استقرار الضمان عليه؛ كما لو غصبه ثم أكله.

وأما كونه يستقر على الغاصب إذا قال لمن لا يعلم أنه غصب: كله، فإنه طعامي؛ فلأنه غرّه.

وأما كونه يستقر على الآكل إذا لم يقل الغاصب في وجه؛ فلأنه ضمن ما أتلف. فلم يرجع على أحد.

وأما كونه يستقر على الغاصب في وجه؛ فلأنه غرّ الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه. وذكر المصنف في المغني هذين الوجهين روايتين.

قال: (وإن أطعمه لمالكه، ولم يعلم: لم يبرأ. نص عليه في رجل له عند رجل تبعة، فأوصلها إليه على أنها صلةٌ أو هديةٌ، ولم يعلم: كيف هذا. يعني أنه لا يبرأ. وإن رهنه عند مالكه، أو أودعه إياه، أو أجره، أو استأجره على قصارته وخياطته: لم يبرأ إلا أن يعلم. وإن أعاره إياه برئ علِم أو لم يعلم).

أما كون من أطعم المغصوب لمالكه، وهو لا يعلَم: لا يبرأ؛ فلأنه بالغصب أزال يد المالك وسلطته[٢]، وبالتقديم إليه لم تعد إليه اليد والسلطة؛ لأنه لا يتمكن

(١) في هـ: ونحوها.

(٢) في هـ: وسلطه.

من التصرف فيه بكل ما يريد من الأخذ والصدقة وغير ذلك فلم يزل عنه الضمان؛ كما لو علفه لدواب المغصوب منه.

وفي قول المصنف رحمه الله: لم يعلم ؛ إشعار بأنه إذا أكله عالماً بأنه طعامه برئ الغاصب . وهو صحيح لزوال ما ذكر قبل. وصرح به المصنف في الكافي ، وعلله : بأنه أتلف ماله برضاه عالماً به.

وأما كون من رهنه عند مالكه ، أو أودعه إياه ، أو أجره ، أو استأجره على قصارته أو خياطته : لا يبرأ إذا لم يعلم المالك أن ذلك ملكه؛ فلأن الغاصب أزال يد المالك وسلطته[1]، و لم يعد ذلك بما ذكر.

وأما كونه يبرأ إذا علم؛ فلتمكنه من التصرف فيه على حسب اختياره.

وأما كونه يبرأ إذا أعاره إياه عَلِم أو لم يعلم؛ فلأنه دخل على أنه مضمون عليه.

قال: (ومن اشترى عبداً ، فأعتقه ، فادعى رجل أن البائع غصبه منه ، فصدقه أحدهما : لم يقبل على الآخر . وإن صدّقاه مع العبد لم يبطل العتق . ويستقر الضمان على المشتري . ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدّقوه كلهم).

أما كون تصديق أحد الرجلين من البائع والمشتري المدعي لا يقبل على الآخر؛ فلأن إقرار كل واحد منهما إقرار على غيره، وذلك غير مقبول.

وأما كون العتق لا يبطل مع تصديقهما إياه وتصديق العبد على المذهب؛ فلأن العتق حق لله تعالى، ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق فقال العبد: ما أعتقني لم يُقبل منه.

وأما كونه يستقر الضمان على المشتري؛ فلأن التلف حصل في يده.

وأما كونه يحتمل أن يبطل العتق إذا صدّقوه كلهم؛ فلأن مجهول النسب يصح إقراره بالرق ، وقد أقرّ به، ووافقه عليه من له به تعلقٌ . فوجب ثبوت الرق . عملاً بمقتضيه السالم عن معارضه.

---

(١) في هـ: وسلطه.

فصل [إذا تلف المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: (وإن تلف المغصوب ضمنه بمثله إن كان مكيلاً أو موزوناً . وإن أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه. وقال القاضي: يضمنه بقيمته يوم القبض . وعنه: تلزمه قيمته يوم تلفه).

أما كون الغاصب يضمن المغصوب المكيل أو الموزون بمثله؛ فلأن المثل أقربُ إلى الحق ، ولهذا ضمن به في الإتلاف.

ولأن المثل طريقه المشاهدة ، والقيمة طريقها الظن . فكان الأول أولى ؛ كالنص مع القياس . فإن النص يدرك بالسماع، والقياس بالظن.

وأما كونه عليه قيمة مثله يوم إعوازه إذا أعوز المثل على المذهب؛ فلأنه يستحق المطالبة بقيمة المثل يوم الإعواز . فوجب أن تعتبر القيمة حينئذ ؛ لأنه يوم وجوبها.

وأما كونه يضمنه يوم القبض على قول القاضي؛ فلأن المثل لو وجد قبل القبض كان له المطالبة به . فوجب أن تعتبر القيمة عند القبض؛ لأن القيمة إنما تثبت في الذمة يوم تلفه . فاعتبرت تلك الحال؛ كما لو لم تختلف القيمة.

قال: (وإن لم يكن مثلياً ضمنه بقيمته يوم تلفه في بلده من نقده . ويتخرّج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه).

أما كون الغاصب يضمن غير المثلي بقيمته على المذهب؛ فلأن النبي ﷺ قال: « منْ أعتقَ شِرْكاً له في عبد ، فكان له مالٌ يبلغُ ثمنَ العبدِ قوّم وأعطي شركاؤهُ حِصصهُم »[1] متفق عليه. أوجب القيمة؛ لأنه غير مثلي.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٨٦) ٢: ٨٩٢ كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء.

⇦

ولأن إيجاب مثله من جهة الخلقة لا يمكن ؛ لاختلاف ذلك في القيمة . فصارت القيمة أقرب إلى إيفاء[1] حقه.

وأما كون القيمة معتبرة بيوم تلفه في بلده من نقده على المذهب؛ فلأن ذلك زمنُ الضمان وموضعُه.

وأما كونه يتخرج أن يضمنه بقيمته يوم غصبه؛ فلأنه الوقت الذي أزال يده فيه . فلزمته[2] القيمة فيه؛ كما لو أتلفه.

قال: (وإن كان مصُوغاً ، أو تبْراً تخالفُ قيمته وزنه : قوّمه بغير جنسه . فإن كان مُحلى بالنقدين معاً قوّمه بما شاء منهما ، وأعطاه بقيمته عرضاً).

أما كون المصوغ أو التِّبْر يقوّم بغير جنسه إذا كانت قيمته تخالف وزنه ؛ فلئلا يؤدي إلى الربا.

وأما كونه يقوّم بما شاء المقوّم من النقدين إذا كان مُحلى بهما فلأن[3] كلاً منهما ثمنٌ في قيم المتلفات وأروش[4] الجنايات ، وغيرهما ليس كذلك.

وأما كون الغاصب يعطي المغصوب منه بقيمته عرضاً ؛ فلئلا يؤدي إلى الربا.

قال: (وإن تلف بعض المغصوب فنقصت قيمة باقيه ؛ كزوجي خُف تَلف أحدهما : فعليه رد الباقي ، وقيمة التالف ، وأرش النقص . وقيل: لا يلزمه أرش النقص).

أما كون الغاصب عليه رد الباقي مما ذكر؛ فلأنه ملك غيره.

وأما كونه عليه قيمة التالف؛ فلأن التلف حصل تحت يده العاديَة.

⇦

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠١) ٣: ١٢٨٦ كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.

(١) في هـ: بقاء.

(٢) في هـ: فلزمه.

(٣) في هـ: فإن.

(٤) في هـ: وأرش.

وأما كونه عليه أرش النقص على المذهب؛ فلأنه نقصٌ حصل في يده . أشبه قيمة التالف.

وأما كونه ليس ذلك عليه على قولٍ؛ فلأنه زائدٌ على قيمة التالف.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: مثاله: أن يكون زوجَا الخف يساويان عشرين ، والباقي يساوي خمسة. فعلى الأول عليه خمسة عشر ، وعلى الثاني عليه عشرة.

قال: (وإن غصب عبداً فأَبَق ، أو فرساً فشرد ، أو شيئاً تعذر ردّه مع بقائه : ضمن قيمته . فإن قدر عليه بعدُ رَدّهُ ، وأخذَ القيمة).

أما كون الغاصب يضمن ما ذكر بقيمته قبل القدرة عليه؛ فلأن ذلك حق تعذر ردّه إلى مالكه . فوجب أن ينتقل إلى القيمة[1]؛ كما لو أتلفه.

وأما كونه إذا قَدَر عليه بعدُ يردُّه؛ فلأن القيمة إنما وجبت لتعذر ردّ العين ، وقد زال ذلك . فوجب ردّ العين إلى مالكها.

وأما كونه يأخذ القيمة؛ فلئلا يجتمع للمالك البدل والمبدل.

قال: (وإن غصب عصيراً فتخمّر فعليه مثله . فإن انقلب خلاً ردّه ، وما نقص من قيمة العصير).

أما كون الغاصب عليه مثل العصير إذا تخمّر؛ فلأنه تلف بصيرورته خمراً.

ولأن ماليّته زالت تحت يده العادية . [أشبه ما لو زالت بالإتلاف.

وأما كونه يرده إلى مالكه إذا انقلب خلاً؛ فلأنه عين ملكه.

وأما كونه يرد أرش النقص إليه؛ فلأنه نَقَصَ تحت يده العادِيَة][2] . أشبه ما لو نقص منه جزء.

---

(١) سقط لفظي: إلى القيمة من هـ.

(٢) ساقط من أ.

فصل [في أجرة المغصوب]

قال المصنف رحمه الله: (وإن كان للمغصوب أجرةٌ فعلى الغاصب أجرة مثله مدة مقامه في يده . وعنه: التوقف عن ذلك . قال أبو بكر: هذا قولٌ قديمٌ رَجعَ عنه).

أما كون الغاصب عليه أجرة المغصوب مدة مقامه في يده على المذهب؛ فلأن ما ضُمن بالإتلاف في العقد الفاسد وجب أن يضمنه الغاصب بمجرد التلف في يده ؛ كالأعيان.

وأما كون ذلك يُتوقف عنه على رواية؛ فلأن قوله عليه السلام: «الخراج بالضمان»[1] يقتضي كون الخراج للغاصب؛ لأن الضمان عليه ، وذلك ينفي كون الأجرة عليه، وحينئذ يجب التوقف.

وأما قول المصنف رحمه الله: قال أبو بكر: هذا قولٌ قديمٌ رَجع عنه ؛ فتنبيهٌ على ضعف هذه الرواية ، ولذلك قال المصنف في المغني: المذهب الأول؛ لما ذكر.

ولأنه فوّت متقوّماً . فوجب ضمانه ؛ كالأعيان. أو نقول: مال متقومٌ مغصوب . فوجب ضمانه ؛ كالعين.

وأما الخبر فوارد في البيع ، ولا يدخل فيه الغاصب؛ لأنه لا يجوز له الانتفاع بالمغصوب بالإجماع.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٠) ٣: ٢٨٤ كتاب الإجارة، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٨٦) ٣: ٥٨٢ كتاب البيوع، باب ما جاء فيمن يشتري العبد ويستغله ثم يجد فيه عيباً.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٩٠) ٧: ٢٥٤ كتاب البيوع، الخراج بالضمان.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٧٥٤ كتاب التجارات، باب الخراج بالضمان.

قال: (وإن تلف المغصوب فعليه أجرته إلى وقت تلفه . وإن غصب شيئاً فعجز عن ردّه فأدّى قيمته فعليه أجرته إلى وقت أداء القيمة . وفيما بعده وجهان).

أما كون الغاصب عليه أجرة ما عجز عن رده إلى وقت أداء القيمة؛ فلأن منافعه هلكت تحت يده . فوجب عليه ضمانها؛ لما تقدم في تضمين المنافع[1].

وأما كونه عليه الأجرة فيما بعد أداء القيمة وقبل الرد في وجه؛ فلما ذكر.

وأما كونه ليست عليه في وجهٍ ؛ فلأنه لما أدى القيمة لم يبقَ لها أجرة؛ لأنها لو بقيت لاجتمع للشخص عوض العين وعوض المنفعة الحاصلة بعده ، وذلك لا يجتمع . دليله: الإتلاف.

(١) ص: ٢١.

فصل [في تصرفات الغاصب]

قال المصنف رحمه الله: (وتصرفات الغاصب الحكمية ؛ كالحج ، وسائر العبادات، والعقود ؛ كالبيع ، والنكاح ، ونحوها : باطلة في إحدى الروايتين، والأخرى صحيحة).

أما كون التصرفات المذكورة باطلة على المذهب؛ فلأن ذلك التصرف تصرف الفضولي. والصحيح من المذهب أنه باطل؛ لما تقدم[1].

وأما كونها صحيحة على رواية؛ فلأن الغاصب تطول مدة غصبه غالباً ، فتكثر تصرفاته . ففي إبطالها إضرارٌ كثير ، وربما عاد بعض الضرر على المالك . فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح فيها للمالك ، والحكم ببطلانها يمنع ذلك.

قال: (وإن اتّجر بالدراهم فالربح لمالكها . وإن اشترى في ذمته ثم نقدها فكذلك . وعنه: الربح للمشتري).

أما كون ربح الدراهم التي اتّجر الغاصب بعينها لمالكها؛ فلأنه نماء ملكه.

وأما كون ربح ما اشترى في ذمته ، ثم نقد الدراهم عنه كذلك على المذهب ؛ فكما لو اشترى بعينه.

وأما كونه له على روايةٍ؛ فلأنه اشترى في ذمته ولنفسه . فكان الشراء له ، والربح تبعٌ لمن الشراء له.

---

(١) ر ص: ٢٢.

قال: (وإن اختلفا في قيمة المغصوب، أو قدره، أو صناعة فيه: فالقول قول الغاصب. وإن اختلفا في ردّه، أو عيب فيه: فالقول قول المالك).

أما كون القول قول الغاصب في القيمة والقدر والصناعة؛ فلأن الأصل براءة ذمته مما يدعى عليه. فلا يلزمه غير[1] ما أقرّ به؛ كما لو ادعى عليه ديناً فأقرّ ببعضه.

وأما كون القول قول المالك في الرد والعيب؛ فلأن الأصل عدم الرد وعدم العيب.

قال: (وإن بقيت في يده غُصوب، لا يعرف أربابها: تصدق بها عنهم. بشرط الضمان؛ كاللقطة).

أما كون من في يده ما ذُكر يتصدق به بشرط الضمان؛ فلأن حبس المغصوب في يده حرام؛ كأصل الغصب. فتخلصه منه مطلوب شرعاً، وصدقته بشرط الضمان طريقٌ له. فتعين جواز فعله؛ لما فيه من الجمع بين مصلحته ومصلحة المالك.

وأما قول المصنف رحمه الله: بشرط الضمان؛ فتنبيهٌ على أنه لا يجوز التصدق بالمغصوب إلا بذلك؛ لأن الصدقة بدون ذلك إضاعة لمال المالك لا على وجه بدل، وذلك غير جائز.

وأما قوله: كاللقطة فتنبيهٌ على أن للصدقة بشرط الضمان أصلاً هو اللقطة[2]. وسيأتي ذكرها في موضعها إن شاء الله تعالى[3].

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: كاللقطة.

(٣) ٤: ٨٧.

فصل فيمن أتلف مالاً لغيره

قال المصنف رحمه الله: (**ومن أتلف مالاً محترماً لغيره ضمنه . وإن فتح قفصاً عن طائره ، أو حلّ قيد عبده ، أو رباط فرسه ، أو وكاء زقٍّ مائع ، أو جامد فأذابته الشمس ، أو بقي بعد حلّه قاعداً فألقته الريح فاندفق : ضمنه . وقال القاضي: لا يضمن ما ألقته الريح**).

أما كون من أتلف مالاً محترماً مملوكاً لغيره يضمنه بالإتلاف؛ فلأنه فوّته عليه . فضمنه؛ كما لو غصبه فتلف عنده.

وفي قوله: مالاً احتراز[1] عما ليس بمالٍ ؛ كالكلبِ والسِّرْجين؛ لأن ما ليس بمال لا يقابل بالمال.

وفي قوله: محترماً احتراز[2] عما ليس بمحترم. وإن كان مالاً ؛ كأموال أهل الحرب ، وخمر الذمي ، وآلة اللهو . فإن جميع ذلك لا يضمن. وتقدير ذلك يذكر في مواضعه.

وفي قوله: لغيره احتراز[3] عن مال نفسه فإنه لا يضمن ذلك؛ لأن الضمان لا يجب على من له الضمان.

وأما كون من فتح قفصاً عن طائرِ غيره، أو حلّ قيد عبده ، أو رباط فرسه ، أو وكاء زِقٍّ مائعٍ أو جامدٍ فأذابته الشمس : يضمنه؛ فلأن ذلك كله تلف بسبب فعله . فلزمه ضمانه؛ كما لو باشره بالتلف.

---

(١) في هـ: احترازاً.

(٢) مثل السابق.

(٣) مثل السابق.

وفي كلام المصنف رحمه الله حذف تقديره: وإن فتح قفصاً عن طائره فطار، أو حلّ قيد عبده فهرب، أو رباط فرسه فشرد؛ لأن الطائر لو بقي في القفص، أو لم يهرب العبد، أو لم يشرد الفرس فتلف ذلك بآفة سماوية لم يجب الضمان؛ لأنه لم يحصل التلف بسبب فعله. وإنما حذف المصنف ذلك اعتماداً على ظهوره.

ولأنه نبّه على مثل ذلك فيما ساواه وهو في قوله: فاندفق . بعد قوله: أو وكاء زِقٍّ مائعٍ أو جامد.

وأما كونه يضمن إذا بقي المائع بعد حلّ زقه قاعداً فألقته الريح فاندفق على المذهب؛ فلما تقدم ذكره في الصورة المذكورة.

وأما كونه لا يضمن ذلك على قول القاضي؛ فلأن فعله غير ملجئ . فلم يتعلق به ضمان؛ كما لو دفعه إنسان.

والأول أصح؛ لأنه لم يتخلل بين فعله وبين التلف مباشرةٌ يمكن إحالةُ الحكم عليها . فوجب الضمان عليه ؛ كما لو جُرح فمات عقيب ذلك. ثم ما ذكره القاضي منتقضٌ بما إذا أذابته الشمس مع أنه لا يقول فيه بعدم الضمان.

قال: (وإن ربط دابةً في طريق فأتلفت، أو اقتنى كلباً عقوراً فعقر، أو خرق ثوباً : ضمن . إلا أن يكون دخل منزله بغير إذنه . وقيل: في الكلب روايتان في الجملة).

أما كون من ذكر يضمن ما أتلفته الدابة إذا ربطها في طريقٍ؛ فلأنه مُتعدٍّ بربطها.

وأما ضمان ما أتلفه الكلب العقور فينظر فيه : فإن كان التلف في غير ملك مقتنيه[1] وجب عليه ضمان ما أتلفه؛ لأنه مفرّط باقتنائه. وإن كان التلف في ملكه نظرتَ : فإن كان المعقور دخل بغير إذنٍ فلا ضمان؛ لأنه متعدٍّ في الدخول متسبب

---

(١) في أ: نفسه.

إلى إتلاف نفسه بجنايته ، وإن كان دخل بإذنٍ فعلى مقتنيه ضمانه ؛ كما لو كان في داره بئر مغطاة فأذن لإنسان فدخل فوقع فيها.

وقال بعض الأصحاب: في الكلب روايتان في الجملة : أي روايةٍ أنه يضمن سواء دخل بإذن أو بغير إذن؛ لأن مقتنيه متعدٍّ في اقتنائه ، وذلك يناسب الضمان؛ لما فيه من المبالغة في الزجر. ورواية: أنه لا يضمن بحالٍ ؛ لأنه لم يحصل منه جناية . ويمكن أن يجاب عنه بأنه متسبب.

قال: (وإن أجّج ناراً في ملكه ، أو سقى أرضه فتعدى إلى ملك غيره فأتلفه : ضمن إذا كان قد أسرف فيه أو فرّط، وإلا فلا).

أما كون من ذكر يضمن إذا أسرف أو فرّط؛ فلأن التلف بذلك سرايةُ فعل محظور . فوجب أن يضمن ؛ كما لو باشر ذلك بالإتلاف.

وأما كونه لا يضمن إذا لم يوجد ذلك؛ فلأنه غير متعد.

ولأنها سرايةُ فعل مباح . أشبه سراية القود. وفارق ما إذا حلّ زِقاً فاندفق ما فيه فإنه من آثار فعلٍ هو متعدٍّ فيه.

قال: (وإن حفر في فنائه بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها . وإن حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين).

أما كون صاحب الفناء يضمن ما أُتلف بالبئر التي حفرها لنفسه؛ فلأنه متسبب إلى إتلاف غيره . فوجب الضمان عليه ؛ كواضع السكين.

وأما كونه لا يضمن إذا حفرها في سابلةٍ لنفع المسلمين في روايةٍ؛ فلأنه غير منسوبٍ إلى عدوان . إذْ قصده نفع المسلمين لا نفع نفسه.

وأما كونه يضمن في روايةٍ؛ فلأنه مأذون له في ذلك بشرط سلامة العاقبة ، و لم توجد.

قال: (وإن بسط في مسجد حصيراً، أو علّق فيه قنديلاً : لم يضمن ما تلف به . وإن جلس في مسجدٍ ، أو طريقٍ واسعٍ فعثرَ به حيوان : لم يضمن في أحد

الوجهين. وإن أخرج جناحاً، أو ميزاباً إلى الطريق فسقط على شيء فأتلفه: ضمن).

أما كون من ذُكر لا يَضمن ما تلف بالحصير أو القنديل؛ فلأنه مأذون له في ذلك شرعاً. فلم يضمن ما تولّد منه؛ كسراية القود.

وأما كونه لا يضمن ما تلف بتعثر[1] حيوان في وجهٍ؛ فلأن له أن يجلس في المسجد، وفي طريقٍ واسعٍ فلم يضمن لعدم تعديه.

وأما كونه يضمن ذلك في وجهٍ؛ فلما ذكر فيما إذا حفر بئراً في سابلةٍ لنفع المسلمين.

وأما كونه يضمن ما تلف بسقوط الجناح والميزاب الخارجَيْن إلى الطريق؛ فلأنه متعدٍ بفعل ذلك. فوجب عليه ضمان ما تولّد منه؛ كما لو جرح إنساناً فتعدى إلى قتله.

قال: (وإن مال حائطه فلم يهدمه حتى أتلف شيئاً لم يضمنه. نص عليه. وأومأ في موضع: أنه إن تُقدِّم إليه بنقضه، وأُشهِد عليه فلم يفعل: ضَمِن).

أما كون مالك الحائط لا يضمن على المنصوص؛ فلأن السقوط ليس من فعله.

وأما كونه يضمن على ما أومأ إليه الإمام أحمد رحمه الله؛ فلأنه إذا تُقُدِّم إليه بنقضه وأُشْهِد عليه فلم يفعل يُعدُّ مفرّطاً. فيجب عليه الضمان؛ كما لو باشر الإتلاف.

قال: (وما أتلفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها إلا أن تكون في يد إنسان[2]؛ كالراكب، والسائق، والقائد: فيضمن ما جنت يدها أو فمها. دون ما جنت رجلها، وما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً. ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً. ومن صال عليه آدمي أو غيره فقتله دفعاً عن نفسه لم يضمنه).

أما كون صاحب البهيمة لا يضمن ما أتلفته إذا لم تكن في يده؛ فلأن النبي ﷺ قال: «العَجْمَاءُ جُبَارٌ»[3]. أي هدر.

---

(١) في هـ: بعثر.

(٢) في هـ: الإنسان.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥١٥) ٦: ٢٥٣٣ كتاب الديات، باب العجماء جبار.

وأما كونه يضمن ما جنت يدها أو فمها إذا كانت في يده ؛ مثل: أن يكون راكباً لها ، أو سائقاً ، أو قائداً دون ما جنت رجلها؛ فلأنه يمكنه حفظها عن ذلك . بخلاف الرِّجْل.

ولأنه قد روي في حديث أبي هريرة «رِجْلُ العجماء جُبَار»[1] . وذلك يدل بمفهومه على الضمان بغيرها.

ولا بد أن يُلحظ في عدم الضمان برِجْل البهيمة: أن لا يكون كبحها فأتلفت؛ لأنه إذا فعل ذلك يكون التلف منسوباً إليه . فيجب عليه الضمان ؛ كسائر مواضع التسبب في الإتلاف.

فإن قيل: هلاّ حمل مُطلق قوله عليه السلام: «العجماء جُبَار» على مُقيَّدِه من قوله: «رِجْلُ العجماء جُبَار» فيما إذا لم تكن البهيمة في يده ؟

قيل: لأن في ذكر الرِّجْل إشارةٌ إلى الفرق بينها وبين غيرها من يد ونحوها ، وذلك لا يتحقق في بهيمة ليست[2] في يده . بخلاف ما إذا كانت في يده، فإن الفرق بينهما ما تقدم ذكره: من إمكان الحفظ في اليد والفم . دون الرجل.

وأما كونه يضمن ما أفسدت البهيمة من الزرع والشجر ليلاً ، وكونه لا يضمن ما أفسدت من ذلك نهاراً ؛ فلما روي «أن ناقةَ للبراء دخلتْ حائطَ قومٍ . فقضى رسولُ الله ﷺ أن على أهل الأموالِ حفظَهَا بالنهار ، وما أفسدتْ بالليلِ فهوَ مضمونٌ عليهم»[3]. [رواه أبو داود وابنَ ماَجة بمعناه][4].

قال ابن عبدالبر: إن كان هذا مرسلاً فهو مشهور. حدّثَ به الأئمةُ الثقاتُ واستعملَه فقهاءُ الحجازِ بالقبول.

⇨

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١٠) ٣: ١٣٣٤ كتاب الحدود، باب جرح العجماء والمعدن والبئر جبار.

(١) أخرجه الترمذي في الأحكام، باب ما جاء في العجماء جرحها جبار ١٣٧٧/٣:٦٦١.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٧٠) ٣: ٢٩٨ كتاب البيوع ، باب: المواشي تفسد زرع قوم .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٣٢) ٢: ٧٨١ كتاب الأحكام ، باب: الحكم فيما أفسدت المواشي .
وأخرجه مالك في الموطأ (٣٧) ٢: ٥٧٣ كتاب الأقضية، باب القضاء في الضواري والحريسة.

(٤) زيادة من ج.

ولأن العادة حفظُها نهاراً . دون أهل المواشي.

وذكر المصنف في المغني : أن القاضي قال: هذا محمول على المواضع التي فيها المزارع والمراعي، فأما القرى العامرة التي ليس فيها مرعى إلا بين قراحيْن[1] ؛ كساقية ، وطريق ، وطرف زرع : فليس لصاحبها إرسالها بغير حافظٍ عن الزرع . فإن فعل فعليه الضمان؛ لأنه مفرّط.

ولا بد أن يُلحظ في ضمان ما أتلفت[2] البهيمة من الزرع والشجر ليلاً: أن يكون المالك قد فرّط في إرسالها، فإن لم يكن فرّط مثل: إن حفظها فانفلتت من ذلك، أو أخرجها غيره من لصٍ وغيره لم يضمن؛ لأن الموجب للضمان تفريطه في إرسالها ، وذلك مفقودٌ فيما ذُكر . لكن إن كان المرسِلُ غيرَه وجب الضمان عليه ؛ لأنه السبب في الإتلاف.

وقول المصنف رحمه الله: وما أفسدت من الزرع والشجر مشعرٌ بأمرين:

أحدهما: أن ضمان ما ذُكر مشروط بكون البهيمة في يد راكبٍ وسائقٍ وقائد؛ لأنه عطفه على ضمان ما جنت يدها أو فمها بعد اشتراط كونها في يدٍ إنسانٍ موصوف بما ذكر . وليس كذلك بل ذلك يُضمن سواء كانت في يد أحدٍ[3] أو لا . صرح بذلك المصنف رحمه الله في المغني وغيره من الأصحاب.

وثانيهما: أن الحكم المذكور مختصٌ بالزرع والشجر؛ لأنه خصهما بالذكر . وليس كذلك أيضاً عند الأصحاب . صرح به صاحب المستوعب . فقال فيه: وما أتلفت البهائم من الزرع وغيرها ليلاً فعلى صاحبها ضمانه. ووجهه[4] عموم قوله عليه السلام: «وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم»[5].

وقال صاحب المغني فيه: وإن أتلفت غير الزرع لم يضمن مالكها ، نهاراً كان أو ليلاً ، وعلله بقوله عليه السلام: «العجماء جبار»[6]، وبأن البهيمة لا تُتْلف ذلك

---

(١) القَرَاح: المزرعة التي ليس فيها بناء ولا شجر . ر المصباح مادة : قرح.

(٢) في ج: أتلفته.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) في هـ: ووجه.

(٥) سبق تخريجه ص: ٥٦.

(٦) سبق تخريجه ص: ٥٥.

عادة . بخلاف الزرع . و لم أجده لغيره . فيحتمل أنه أراد هنا ذلك فلذلك خصص الزرع والشجر بالذكر، ويحتمل أن التخصيص وقع اتفاقاً.

وأما كون قاتل الصائل عليه لا يضمنه إذا قتله دفعاً عن نفسه؛ فلأنه قتله بدفع جائز . فلم يضمنه؛ لما فيه من صيانة النفس عن القتل.

قال: (وإن اصطدمت سفينتان فغرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها . وإن كانت إحداهما مُنْحدرة فعلى صاحبها ضمان المُصْعدة . إلا أن يكون غلبه ريح فلم يقدر على ضبطها).

أما كون ملاحي كل سفينة يضمن السفينة الأخرى وما فيها؛ فلأن التلف حصل بسبب فعلهما . فوجب على كل واحد منهما ضمان ما تلف بسبب فعله.

وأما كون صاحب المنحدرة عليه ضمان المُصْعدة إذا لم يكن غلبه الريح؛ فلأنها تنحط على[1] المصعدة من علوٍّ . فيكون ذلك سبباً لغرقها ، وتُنزّل المنحدرة منزلة السائرة ، والمُصْعدة منزلة الواقفة.

وأما كونه لا يضمن إذا غلبه الريح فلم يقدر على ضبط السفينة؛ فلأنه حينئذٍ لا يُعد مفرّطاً.

ولأن التلف يمكن إسناده إلى الريح . بخلاف ما تقدم.

قال: (ومن أتلف مزماراً ، أو طنبوراً ، أو صليباً ، أو كسر إناء ذهب ، أو فضة ، أو إناء خمر : لم يضمنه . وعنه: يضمن آنية الخمر إن كان ينتفع بها في غيره).

أما كون من أتلف مزماراً ، أو طنبوراً ، أو صليباً : لا يضمنه؛ فلأن بيع ذلك لا يحل . فلم يضمنه ؛ كالميتة. ودليل تحريم بيع ذلك كله قول النبي ﷺ: « بُعثتُ بمحق القَيْنات والمعَازف ».

وأما كون من كَسَر إناء فضة ، أو ذهب : لا يضمنه؛ فلأن اتخاذه محرّم فلم يصادف الإتلاف شيئاً مباح البقاء . فلم يضمن ؛ كإتلاف الخنزير.

ولأنه أتلف ما ليس بمباح[2] . فلم يضمنه ؛ كالميتة.

---

(١) في هـ: عن.

(٢) في هـ: مباح.

وأما كونه لا يضمن إناء الخمر على المذهب ؛ فلما روى أنس قال: «كنتُ أَسقِي أبا طلحة ، وأبي بن كعب[1]، وأبا عبيدة شَراباً من فَضِيخٍ . فأتانا آت. فقال : إن الخمرةَ قد حرمتْ. فقالَ أبو طلحة : قمْ يا أنس! إلى هذه الجرارِ فاكسِرْهَا »[2].

وهذا يدل على سقوط حرمته، وإباحة إتلافه . فلم يضمن ؛ كسائر المباحات.

وأما كونه يُضمن إن كان يُنتفع به في غيره على رواية؛ فلأنه يمكنه الانتفاع به في غير الخمر . فلم يجز إتلافه ؛ كسائر الآنية.

والأول أصح ؛ لما تقدم. ولما روى الإمام أحمد بإسناده عن ابن عمر قال: «أمرَني رسولُ الله ﷺ أن آتيه بمُدْيَة -وهيَ الشفرةُ- فأتيتهُ بها. فأرسلَ بها . فَأُرْهِفَتْ ثم أعطانيها. وقال: اغدُ[3] عليَّ بها[4] ففعلتُ. فخرجَ بأصحابه إلى أسواقِ المدينةِ وفيها زِقَاقُ الخمرِ، فأخذَ المُدْيَةَ مني، فَشَقَّ ما كانَ من تلكَ الزِّقَاق بحضرته كلها، وأمرَ أصحابَهُ الذينَ كانوا معهُ أن يمضوا معي وأن يعاونوني. وأمرني أن آتيَ الأسواقَ كلَّها . فلا أجدُ فيها زِقَّ خمرٍ إلا شَقَقْتُهُ. ففعلتُ . فلمْ أتركْ في أسواقِها زِقاً إلا شَقَقْتُه »[5].

---

(١) سقطت جملة : وأبي بن كعب من هـ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٨٢٦) ٦: ٢٦٤٩ كتاب التمني، باب ما جاء في إجازة خبر الواحد الصدوق...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٩٨٠) ٣: ١٥٧٢ كتاب الأشربة، باب تحريم الخمر...

(٣) في هـ: أعط.

(٤) ساقط من هـ.

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (٦١٦٥) ٢: ١٣٣.

باب الشفعة

الشفعة ثابتة بالسنة والإجماع: أما السنة فما[1] روى جابر قال: « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يُقْسَم ، فإذا وَقَعَتِ الحدودُ وصُرِّفتِ الطرقُ فلا شُفعة »[2]. متفق عليه.

ولمسلمٍ قال: « قضَى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركٍ لم يُقْسَم : رَبْعَة أو حائط . لا يحل له أن يبيعَ حتى يستأذنَ شريكَهُ، فإن شاءَ أخذ وإن شاءَ تركَ. فإن باعَ ولم يستأذنه فهوَ أحقُ به »[3].

وللبخاري: « إنما جعلَ رسول الله ﷺ الشفعةَ فيما لم يُقْسَم ، فإذا وَقَعَتِ الحدودُ وصُرِّفَتِ الطرقُ فلا شُفعة »[4].

وأما الإجماع فقال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم : فيما بيع من أرضٍ أو دارٍ أو حائط.

قال المصنف رحمه الله: **(وهي : استحقاق الإنسان انتزاع حصة شريكه من يد مشتريها . ولا يحل الاحتيال لإسقاطها)**.

أما قول المصنف رحمه الله: وهي ... إلى مشتريها ؛ فبيان لمعنى الشفعة . ولا يخفى ما فيه من الاحتراز.

وأما كونه لا يحلّ الاحتيال لإسقاطها؛ فلأن الحيلة حرام ، لما روى أبو هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: « لا ترتكبوا ما ارتكبَ اليهود فتستحلُوا محارمَ اللهِ بأدنى الحِيَل »[5].

---

(١) في هـ: فلما.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٣٨) ٢: ٧٨٧ كتاب الشفعة، باب الشفعة ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود فلا شفعة.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٠٨) ٣: ١٢٢٩ كتاب المساقاة، باب الشفعة.

(٣) أخرجه مسلم في الموضع السابق.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٧٥) ٦: ٢٥٥٨ كتاب الحيل، باب في الهبة والشفعة.

(٥) رواه ابن بطة في إبطال الحيل ٤٢.

وقال عليه السلام: « لعنَ اللهُ اليهودَ . إن الله لما حرّمَ عليهم شحومَ الميتةِ جَمَلُوهُ ، ثم بَاعُوهُ ، وأكلُوا ثمنَه »[1].

ولأن الله حرّم الحيل في غير موضع من كتابه.

فعلى هذا لو احتال لإسقاط الشفعة لم تسقط؛ لأن الحيلة إذا كانت حراماً وجب أن يكون وجودها كعدمها.

ولأن الشفعة وُضعت لدفع الضرر ، فلو سقطت بالحيل للحق الضرر. فلم تسقط ، كما لو أراد المشتري إسقاطها بالوقف ونحوه.

قال: (ولا تثبت إلا بشروط خمسة:

أحدها: أن يكون مبيعاً . ولا شفعة فيما انتقل بغير عوض بحال ، ولا فيما عوضه غير المال ، كالصداق ، وعوض الخُلع ، والصلح عن دم العمد في أحد الوجهين).

أما كون الشفعة لا تثبت إلا بالشروط الخمسة الآتي ذكرها ، فلما يأتي ذكره فيها.

وأما كون أحد الشروط: أن يكون المشفوع مبيعاً؛ فلأن غير المبيع ليس منصوصاً عليه ، ولا في معنى المنصوص عليه.

وأما كونه لا شفعة فيما انتقل بغير عوض ، كالهبة بغير ثواب ، والصدقة ، والوصية ، والإرث؛ فلأنه ليس بمبيع.

ولأن الأخذ يقتضي دفع العوض ، ولم يقصد بما ذكر المعاوضة.

وأما كونه لا شفعة فيما عوضه غير المال كما ذكره المصنف رحمه الله في وجهٍ قاله أبو بكر؛ فلأنه ملك بغير مال . فلم تجب فيه شفعةٌ ، كالهبة والإرث.

وأما كونه فيه الشفعة في وجهٍ قاله ابن حامد؛ فلأنه عقد معاوضة . فجاز أن تثبت الشفعة في الأرض المملوكة بهٍ ، كالبيع.

والأول أولى.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٢١) ٢: ٧٧٩ كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٨١) ٣: ١٢٠٧ كتاب المساقاة، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.

قال القاضي: هو قياس المذهب. ووجهه ما تقدم.

ولأنه إما أن يؤخذ في الصداق بمهر المثل أو بالقيمة. والأول باطل؛ لأنه تقويم البضع[1] على الأجانب وإضرارٌ بالشفيع؛ لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى إذ[2] المهر يُسامح فيه في العادة . بخلاف البيع.

والثاني: باطل ، لأن القيمة ليست بعوضٍ للمبيع.

وأما قياس الأخذ على البيع فلا يصح؛ لأنه يمكن الأخذ فيه بالعوض.

---

(١) في هـ: للبعض.

(٢) في هـ: إذا.

فصل [الشرط الثاني]

قال المصنف رحمه الله: (الثاني: أن يكون شقصاً مشاعاً من عقار ينقسم. فأما المقسوم المحدود[1] فلا شفعة لجاره فيه).

أما كون الثاني من شروط الشفعة: أن يكون المشفوع شقصاً مشاعاً من عقار ينقسم: أما اشتراط كونه شقصاً؛ فلأنه إذا لم يكن شقصاً يكون كُلاًّ . فيكون الأخذ به أخذاً بالجوار، والجوار لا تؤخذ به شفعة؛ لما يأتي إن شاء الله تعالى.

وأما اشتراط كونه مشاعاً؛ فلأنه إذا لم يكن كذلك يكون مقسوماً. ولا شفعة في المقسوم؛ لأن النبي ﷺ قال: «الشفعةُ فيما لم يُقْسَمْ، فإذا وَقَعَتِ الحدودُ وصُرِّفَتِ الطرقُ فلا شُفعة »[2].

وفي رواية أبي داود: «وإذا قُسّمتِ الأرضُ وَحُدَّتْ فلا شُفعةَ فيها »[3].

ولأن الشفعة تثبت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع، فلا يثبت فيه . بيان كون المعنى معدوماً أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به ، فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته، فيدخل عليه الضرر بنقص قيمة ملكه، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق، وهذا لا يوجد في المقسوم.

وأما اشتراط كونه من عقار؛ فلأن غير العقار لا نص فيه، ولا هو في معنى المنصوص عليه.

وأما اشتراط كون العقار مما ينقسم؛ فلأن ما لا يمكن قسمته كغير العقار ، وذلك لا شفعة فيه . فكذا هنا.

---

(١) في ج: المحدد.

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٠.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٥) ٣: ٢٨٦ كتاب البيوع، باب في الشفعة.

وأما كونه لا شفعة لجار المقسوم المحدود[1] فيه؛ فلما تقدم في اشتراط كون المشفوع مشاعاً .

وفي كون من ذكر لا شفعة له تنبيهٌ على أن جار غير المقسوم لا شفعة له ، لأنه إذا لم تثبت الشفعة لجار المقسوم فلئلا تثبت لجار غيره بطريق الأولى.

فإن قيل : فقد قال رسول الله ﷺ : «الجارُ أحقُّ بصَقَبه »[2] . رواه البخاري.

وفي حديث جابر : « الجارُ أحقُ بشفعته يُنتظَرُ به إذَا كانَ غَائباً »[3] . رواه الترمذي. وقال: هو[4] حديث حسن .

وفي حديث آخر : « جارُ الدارِ أحقُ بدارِ جارِه »[5].

قيل : أما الأول فليس بصريح؛ لأن الصَّقَب القرب . فيحتمل أنه أحق بإحسان جاره وصلته وعيادته وغير ذلك . وخبرنا صريح فيقدم عليه . وخبر جابر معارَض بما ذكرنا من الحديث الصريح الراجح عليه . وأما ما عدا ذلك ففيه مقال .

ثم يحتمل أنه أراد بالجار الشريك ، ومثله تسمية أحد الزوجين جاراً . قال الشاعر :

أجارتَنا بِيني فإنّكِ طالِقَة

---

(١) في ج: المحدد.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٥٧٩) ٦: ٢٥٦٠ كتاب الحِيَل، باب احتيال العامل ليهدَى له. واللفظ له.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٦) ٣: ٢٨٦ كتاب البيوع، باب في الشفعة.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٧٠٢) ٧: ٣٢٠ كتاب البيوع، ذكر الشفعة وأحكامها.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٩٥) ٢: ٨٣٣ كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار. كلهم بلفظ: « بسقبه ».

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٨) ٣: ٢٨٦ كتاب البيوع، باب في الشفعة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٩) ٣: ٦٥١ كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة للغائب.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٩٤) ٢: ٨٣٣ كتاب الشفعة، باب الشفعة بالجوار.

(٤) زيادة من ج.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥١٧) ٣: ٢٨٦ كتاب البيوع، باب في الشفعة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٨) ٣: ٦٥٠ كتاب الأحكام، باب ما جاء في الشفعة. قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

قال: (ولا شفعة فيما لا تجب قسمته ، كالحمام الصغير ، والبئر ، والطرق ، والعراص الضيقة . وما ليس بعقار ، كالشجر ، والحيوان ، والبناء المفرد في إحدى الروايتين . إلا أن البناء والغراس يؤخذ تبعاً للأرض . ولا تؤخذ الثمرة والزرع تبعاً في أحد الوجهين).

أما كون الشفعة لا تثبت فيما لا تجب قسمته كما مثّل المصنف رحمه الله في رواية؛ فلأن ذلك لا يمكن قسمته شرعاً؛ لما فيها من الضرر.

وقوله: « الشفعةُ فيما لم يُقْسَمْ ، فإذا وَقَعَتِ الحدودُ وصُرِّفَتِ الطرقُ فلا شُفعة »[1] مشعرٌ بأن الشفعة إنما تكون فيما يمكن قسمته.

وأما كون الشفعة لا تثبت فيما ليس بعقارٍ كما مثل المصنف رحمه الله في رواية؛ فلأن ذلك لا يبقى على الدوام فلم تجب الشفعة فيه ، كالصبرة.

وأما كون الشفعة تثبت في ذلك كله في روايةٍ؛ فلعموم قوله ﷺ[2]: « الشفعة فيما لم يُقْسَم »[3].

ولأن الشفعة وضعت لإزالة الضرر، ووجود الضرر بالشركة فيما لم يُقْسَم أبلغ منه فيما يُقْسَم.

ولأن ابن أبي مليكة روى أن النبي ﷺ قال: «الشُفعةُ في كلِّ شَيء »[4].

وكلام المصنف في المغني يقتضي نصر الأول؛ لما تقدم.

ولأنه روي عن النبي ﷺ أنه قال: « لا شُفعةَ في فِناءٍ ولا طَريقٍ ولا مَنْقَبَة »[5] رواه أبو عبيد في غريبه.

وعن عثمان: « لا شُفعةَ في بئرٍ ولا فَحْلٍ »[6].

ولأن إثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع؛ لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة، وقد يمتنع المشتري من الشراء لأجل الشفيع فيتضرر

---

(١) سبق تخريجه ص: ٦٠.

(٢) زيادة من ج.

(٣) سبق تخريجه ص: ٦٠.

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧١) ٣: ٦٥٤ كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الشريك شفيع.

(٥) أخرجه أبو عبيد في غريبه ١: ٤٣٢.

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٠٥ كتاب الشفعة، باب الشفعه فيما لم يقسم.

البائع، وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة . فيؤدي إثباتها إلى انتفائها . ويجاب عن قولهم: ما لم يقسم أكثر ضرراً بأن الضرر الموجب لثبوت الشفعة هو الحاجة إلى إحداث المرافق، وذلك غير موجود فيما لا يمكن قسمته.

وأما كون البناء والغراس يؤخذ تبعاً للأرض؛ فلأن قوله عليه السلام المتقدم ذكره ، وقضاءه بالشفعة في كل شِرْك : ربعة أو حائط يدخلُ فيه البناء والغراس.

وفي قول المصنف: تبعاً ؛ تنَبيهٌ على أنَّه لا يؤخَذ البناء والغراس بالأصالة ، لأنهما لا تجب قسمتهما عند انفرادهما.

وأما كون الثمرة والزرعِ لا تؤخذ تبعاً في وجهٍ ، فلأن ذلك لا يدخل في البيع . فلا تؤخذ بالشفعة ، كقُماش الدار.

وأما كونه يؤخذ تبعاً ، فبالقياس على البناء والغراس.

فصل [الشرط الثالث]

قال المصنف رحمه الله: (الثالث: المطالبة بها على الفور ساعة يعلم. نصُّه عليه. وقال القاضي: له طلبها في المجلس وإن طال، فإن أخره سقطت شفعته. إلا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب بها، ثم إن أخّر الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه أو لم يشهد ولكن سار في طلبها فعلى وجهين).

أما كون الثالث من شروط الشفعة: المطالبة بها على الفور ساعة يعلم على منصوص الإمام أحمد؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الشفعةُ لمن وَاثَبها»[1].

وروي عنه عليه السلام أنه قال: «الشفعةُ كنشطةِ العقالِ إن قُيدتْ بَركتْ، وإن بركتْ[2] فاللومُ على من تَركها»[3].

وفي سنن ابن ماجة قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعةُ كَحَلِّ العقَال»[4].

ولأنه خيار يثبت لإزالة الضرر. فكان على الفور، كخيار العيب على رواية.

وأما كون الشفعة لمن طلبها في المجلس وإن طال على قول القاضي؛ فلأن المجلس في حكم حالة العقد، ولهذا إذا وُجد القبض فيه فيما يشترط فيه القبض صح العقد.

وأما كونها تسقط إذا أخّر المطالبة بها عن ساعة العلم أو المجلس على الاختلاف المتقدم؛ فلما تقدم من أنه يشترط المطالبة حال العلم أو حال المجلس.

---

(١) لم أقف عليه مرفوعا. وقد أخرجه عبدالرزاق في مصنفه من قول شريح (١٤٤٠٦) ٨: ٨٣ كتاب البيوع، باب: الشفيع يأذن قبل البيع ...

(٢) في ج: «الشفعة كحلّ العقال إن قيدت بركت وإن تُركت...».

(٣) ر تلخيص الحبير ٣: ١٢٥-١٢٦.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٠) ٢: ٨٣٥ كتاب الشفعة، باب طلب الشفعة. قال في الزوائد: في إسناده محمد ابن عبدالرحمن البيلماني، قال فيه ابن عدي: كل ما يرويه البيلماني فالبلاء فيه منه، وإذا روى عنه محمد بن الحارث فهما ضعيفان. وقال: حدث عن أبيه نسخة كلها موضوعة. لا يجوز الاحتجاج به، ولا أذكره إلى على وجه التعجب.

وأما كونها لا تسقط إذا علم وهو غائب وأشهد على الطلب بها؛ فلأنه لا يمكنه الطلب وهو غائب.

وأما كونها تسقط إذا أخّر الطلب بعد الإشهاد عند إمكانه ، أو لم يشهد لكن سار في طلبها على وجه؛ فلأنه تارك للطلب في الأولى ولبدله في الثانية . فسقطت شفعته ، كما لو كان حاضراً ولم[1] يشهد.

وأما كونها لا تسقط على وجه: أما في الأولى؛ فلأن عليه في السفر عقيب الإشهاد ضرراً لالتزامه كلفته ، وقد تكون له حوائج وتجارة تنقطع وتضيع لغيبته ، والتوكيل بجُعْلٍ فيه غرامة ، وبغيره فيه منّة .

وأما في الثانية؛ فلأن السير لأجل طلب الشفعة فلم تسقط معه . أشبه ما لو أشهد على الطلب.

واعلم أن المصنف رحمه الله قال في المغني: وإن أخّر القدوم بعد الإشهاد . بدل قوله: وإن أخر الطلب بعد الإشهاد . [وهو صحيح؛ لأنه لا وجه لإسقاط الشفعة بتأخير الطلب بعد الإشهاد][2] وهو غائب؛ لأن الطلب حينئذ لا يمكن . بخلاف[3] القدوم فإنه ممكن . وتأخير ما يمكن لإسقاطه الشفعة وجه . بخلاف تأخير ما لا يمكن.

قال: (وإن ترك الطلب والإشهاد لعجزه عنهما[4] كالمريض والمحبوس. ومَنْ لا يجد من يشهده ، أو لإظهارهم زيادة في الثمن، أو نقصاً في المبيع، أو أنه موهوب له ، أو أن المشتري غيره ، أو أخبره من لا يُقبل خبره فلم يصدقه : فهو على شفعته).

أما كون الشفيع على شفعته مع العجز المذكور[5]؛ فلأنه معذورٌ في ذلك . أشبه ما لو لم يعلم.

---

(١) في هـ: أو لم.

(٢) ساقط من أ.

(٣) في هـ: تحدد.

(٤) في هـ: عنها.

(٥) في ج: مع العجز وعدم الوجدان.

وأما كونه على شفعته إذا أظهر المشتري زيادة في الثمن ، أو نقصاً في المبيع ، أو أن المبيع موهوب له ، أو أن المشتري غيره؛ فلأنه لم يعلم الحال على وجهه . أشبه ما لو لم يعلم بالبيع.

وأما كونه على شفعته إذا أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه؛ فلأن خبر من لا يُقبل خبره مع عدم تصديق الشفيع له يكون وجوده كعدمه.

وفي قول المصنف رحمه الله: أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه ؛ إشعارٌ بأنه إذا أخبره من لا يقبل خبره فصدقه تسقط شفعته وهو صحيح؛ لأن تصديقه اعتراف بوقوع البيع ، وهو غير مطالب بالشفعة . فوجب أن تسقط ، كما لو أخبره به ثقة.

قال: (وإن أخبره من يُقبل خبره فلم يصدقه ، أو قال للمشتري: بعنى ما اشتريت أو صالحني : سقطت شفعته).

أما كون الشفعة تسقط بإخبار من يقبل خبره ، كرجلين عدلين وإن لم يصدقهما الشفيع؛ فلأن مثل ذلك يوجب ثبوت البيع صدَّق الشفيع أو لم يصدق.

وأما كونها تسقط بقول المشتري: بعني ما اشتريت أو صالحني؛ فلأنه يدل على رضاه بشرائه . فوجب أن تسقط شفعته لذلك ، ولتأخير طلبها عن ثبوت البيع.

قال: (وإن دلّ في البيع ، أو تَوَكَّل لأحد المتبايعين ، أو جُعل له الخيار فاختار إمضاء البيع : فهو على شفعته . وإن أسقط شفعته قبل البيع لم تسقط . ويحتمل أن تسقط).

أما كون الشفيع على شفعته فيما إذا دلّ ، أو تَوَكَّل ، أو أمضى ما جعل له الخيار فيه؛ فلأن جميع ما ذكر سبب ثبوت الشفعة . فلم تسقط به ، كما لو أذن في البيع أو عفا عن الشفعة قبل تمام البيع.

ولأن المسقط للشفعة الرضى بتركها ، وليس فيما ذكر رضى بالترك بل ربما كان ذلك وسيلة إلى الأخذ.

وأما كون الشفعة لا تسقط بإسقاطها قبل البيع على المذهب؛ فلأنه إسقاط حقٍّ قبل وجوبه . فلم تسقط ، كما لو أبرأه مما يجب له، أو كما لو أسقطت[1] المرأة مهرها قبل التزويج.

وأما كونه يحتمل أن تسقط؛ فلأن مفهوم قوله ﷺ: «فإن باع ولم يؤذنه فهو أحق به»[2] أنه إذا باع بإذنه لا[3] حق له فيه. وذكر المصنف في المغني هذا الاحتمال رواية. وأجاب عن الحديث بأن النبي ﷺ يحتمل أنه أراد العرض عليه ليبتاع ذلك إن[4] أراد فتخف عليه المؤونة، ويكتفي أخذ المشتري للشقص . لا أنه يسقط حقه بإذنه.

قال: (وإن ترك الولي شفعةً للصبي ، فيها حظ : لم تسقط ، وله الأخذ بها إذا كبر . وإن تركها لعدم الحظ فيها سقطت . ذكره ابن حامد . وقال القاضي: يحتمل أن لا تسقط).

أما كون شفعة الصبي إذا تركها وليه ، وله فيها حظ : لا تسقط؛ فلأن الشفعة وجبت بالبيع وإسقاط الولي لذلك لا يصح؛ لأنه إسقاط حقٍ للمولى عليه لا حظ له في إسقاطه . فلم يصح ، كالإبراء، وإسقاط خيار الرد بالعيب. وإذا ثبت أنه ليس له الإسقاط فَتَرَكَه أولى أن لا يكون موجباً للسقوط . فيعمل موجب البيع عمله لسلامته عن الموجب للسقوط.

وأما كون الصبي له الأخذ بها إذا كبر؛ فلأنه لم يتمكن من الأخذ إلا في ذلك الوقت.

وأما كونها تسقط إذا تركها الولي لعدم الحظ فيها على قول ابن حامد؛ فلأن الولي فعل ما له فعله . فلم يجز للصبي نقضه ، كالرد بالعيب.

ولأنه فعل ما فيه الحظ للصبي . فصح ، كالأخذ مع الحظ.

---

(١) في هـ: أسقط.

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٠.

(٣) في هـ: فلا.

(٤) ساقط من هـ.

وأما كونها لا تسقط على قول القاضي؛ فلأن المستحق للشفعة : له أخذها . سواء كان له فيها حظ أو لم يكن. وإنما يعتبر الحظ في حق الولي ، فإذا زال الحجر ثبت للصبي إذا كبر الأخذ على الوجه الذي يثبت للشريك من البيع[1] .

(١) في هـ: للشريك زمن.

فصل [الشرط الرابع]

قال المصنف رحمه الله: (**الرابع: أن يأخذ جميع المبيع . فإن طلب أخذ البعض سقطت شفعته**).

أما كون الرابع من شروط الشفعة: أن يأخذ الشفيع جميع المبيع؛ فلأن في أخذ بعضه إضراراً بالمشتري بتبعيض الصفقة عليه، والضرر لا يزال بالضرر.

ولأن الشفعة تثبت على خلاف الأصل ، دفعاً لضرر الشريك الداخل ، خوفاً من سوء المشاركة ومؤونة القسمة . فإذا أخذ بعض الشقص لم يندفع الضرر المذكور.

وأما كون الشفعة تسقط إذا طلب الشفيع[1] أخذ البعض؛ فلأنها لا تتبعض لما تقدم. فإذا سقط بعضها[2] سقط جميعها ، كالقصاص.

قال: (**فإن كانا شفيعين فالشفعة بينهما على قدر مُلْكَيْهما . وعنه: على عدد الرؤوس . فإن ترك أحدهما شفعته لم يكن للآخر أن يأخذ إلا الكل أو يترك**).

أما كون الشفعة بين الشفيعين على قدر ملكيهما على المذهب؛ فلأن ذلك حقٌّ يستفاد بسبب الملك . فكان على قدر الأملاك ، كالغلة.

وأما كونها بينهما على عدد الرؤوس على رواية اختارها ابن عقيل؛ فلأن كل واحدٍ منهما لو انفرد استحق الجميع . فإذا اجتمعا تساوياً ، كالبنين[3]، وكسراية العتق.

قال المصنف رحمه الله: والصحيح في المذهب أنها تقسم على قدر الأملاك؛ لما ذكر. وما ذكر دليلاً[1] للرواية الثانية ينتقضُ بالفرسانِ والرجّالة في الغنيمة فإنّ من

---

(١) سقط لفظي: طلب الشفيع من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) في هـ: كالبنتين.

انفرد منهم أخذ الكل ، فإذا اجتمعوا تفاضلوا ، وكذلك أصحاب الديون والوصايا.

وأما كون أحد الشريكين إذا ترك شريكُه الأخذ لم يكن له أن يأخذ إلا الكل أو يترك؛ فلما تقدم من أن في أخذ البعض إضراراً بالمشتري.

قال: (فإن كان المشتري شريكاً فالشفعة بينه وبين الآخر. فإن ترك شفعته ليوجب الكل على شريكه لم يكن له ذلك).

أما كون الشفعة بين المشتري الشريك وبين شريكه؛ فلأنهما تساويا في الشركة . فوجب أن يتساويا في الشفعة ، كما لو كان المشتري أجنبياً.

وأما كون المشتري ليس له أن يترك شفعته ليوجب الكل على شريكه؛ فلأن ملكه استقر على قدر حقه ، وجرى مجرى الشفيعين إذا حضر أحدهما فأخذ جميع الشقص ، ثم حضر الآخر فطلب حقه من الشفعة ، فقال الآخذ: خذ الكل أو دعه.

قال: (وإن كانت دارٌ بين اثنين ، فباع أحدهما نصيبه لأجنبي صفقتين ، ثم علم شريكه : فله أن يأخذ بالبيعين ، وله أن يأخذ بأحدهما . فإن أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفعته في أحد الوجهين ، وإن أخذ بالأول لم يشاركه . وإن أخذ بهما لم يشاركه في شفعة الأول . وهل يشاركه في شفعة الثاني ؟ على وجهين).

أما كون الشفيع له الأخذ بالبيعين؛ فلأنه شفيع فيهما.

وأما كونه له الأخذ بأحدهما؛ فلأن كل واحد منهما عقدٌ مستقلٌ بنفسه . وهو يستحقها[2] . فإذا أسقط البعض كان له ذلك ، كما لو أسقط حقه من الكل.

وأما كون المشتري يُشارك الشفيع في شفعته إذا أخذ بالثاني في وجه ، فلأن الشفيع بإسقاط[3] حقه من البيع الأول استقر ملك المشتري . فصار شريكه . فشاركه في البيع الثاني.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في أ : مستحقها .

(٣) في هـ: بإسقاطه.

وأما كونه لا يُشاركه المشتري في وجه ، فلأن ملك المشتري لم يستقر على المبيع . بدليل أن للشفيع أخذه[1] بعد البيع الثاني فلم يستحق به شفعة.

وأما كونه لا يُشاركه إذا أخذ بالأول؛ فلأنه لم يَسبق له شركة.

وأما كونه لا يُشاركه في شفعة الأول إذا أخذ بالبيعين؛ فلما ذكر من عدم الشركة.

وأما كونه يُشاركه في شفعة الثاني ففيه وجهان، وجههما ما تقدم قبل.

قال: (وإن اشترى اثنان حقَّ واحد فللشفيع أخذ حقِّ أحدهما . وإن اشترى واحدٌ حقَّ اثنين ، أو اشترى واحد شقصين من أرضين صفقة واحدة : فللشفيع أخذ أحدهما على أصح الوجهين).

أما كون الشفيع له أخذ حق أحد الشريكين المشترين حقَّ واحد؛ فلأن العقد مع الاثنين بمنزلة عقدين.

وأما كونه له أخذ أحد الحقين إذا اشترى واحد حق اثنين على وجهٍ؛ فلأن تعدد البائع كتعدد المشتري.

وأما كونه ليس له ذلك على وجهٍ؛ فلأن فيه تبعيضاً للصفقة على المشتري ، وذلك ضرر[2] عليه.

والأول أصح ، لما ذكر من التعدد.

وأما كونه له أخذ أحد الشقصين إذا اشترى واحد شقصين من أرضين صفقة واحدة على وجه؛ فلأن الضرر قد يلحقه بأرضٍ دون أرض.

وأما كونه ليس له ذلك على وجهٍ؛ فلما ذكر من التبعيض على المشتري.

والأول أصح؛ لما ذكر.

ولأن كل واحدٍ منهما يُستحق بسببٍ غير الآخر . فجرى مجرى الشريكين.

---

(١) في هـ: أخذ.
(٢) في هـ: ضرراً.

قال: (وإن باع شقصاً وسيفاً فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن. ويحتمل أن لا يجوز).

أما كون الشفيع له أخذ الشقص بحصته من الثمن على المذهب؛ فلأن الشقص تجب فيه الشفعة إذا بيع منفرداً . فكذلك إذا بيع مع غيره.

فعلى هذا يُقَوَّم ، ويؤخذ بقيمته.

وأما كونه يحتمل أن لا يجوز؛ فلأن في ذلك تبعيضاً للصفقة على المشتري ، وذلك ضرر به.

قال: (وإن تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصته من الثمن . وقال ابن حامد : إن كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه إلا بجميع الثمن).

أما كون الشفيع له أخذ[1] الباقي من التالف بحصته من الثمن على المذهب؛ فلأنه تعذّر أخذ الكل. فجاز أخذ الباقي ، كما لو أتلفه آدمي.

وأما كونه ليس له الأخذ إلا[2] بجميع الثمن إذا كان تلفه بفعل الله على قول ابن حامد؛ فلأن في أخذه بالبعض إضراراً بالمشتري، فلم يكن له ذلك ، كما لو أخذ البعض مع بقاء الجميع.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) مثل السابق.

فصل [الشرط الخامس]

قال المصنف رحمه الله: (الخامس: أن يكون للشفيع ملك سابق. فإن اشترى اثنان داراً صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على صاحبه. فإن ادعى كل واحد السبق، فتحالفا، أو تعارضت بينتاهما: فلا شفعة لهما).

أما كون الخامس من شروط الشفعة: أن يكون للشفيع ملك سابق؛ فلأن الشفعة ثبتت لإزالة الضرر عن شريك البائع، فإذا لم يكن له ملك سابق على الشراء لم يكن شريكاً للبائع.

وأما كونه لا شفعة لأحد المشتريين داراً صفقة واحدة على صاحبه؛ فلأن شرط استحقاق الشفعة سبقُ الملك، وهو معدوم هنا.

وأما كونه لا شفعة لهما إذا ادعى كل واحد منهما السبق فتحالفا أو تعارضت بينتاهما؛ فلأن من شرطها أن يكون الملك سابقاً على الشراء ولم يتحقق ذلك.

قال: (ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين).

أما كونه لا شفعة بشركة الوقف في وجه، فلأن مستحق الوقف: إما غير مالك، والشفعة لا تثبت لغير المالك. وإما مالك لكن ملكه غير تام لكونه لا يستفيد به تصرفاً في الرقبة. والملك غير التام لا يستفاد به ملك تام.

ولأن الوقف لا تستحق فيه الشفعة. فلم تجب به، كغير المنقسم.

وأما كون الشفعة تستحق بذلك في وجه؛ فكالملك الطَّلْق.

وقال المصنف في المغني: قال أبو الخطاب: هذا -يعني هذين الوجهين- ينبني على الملك في الوقف، وفيه روايتان. فإن قيل: الوقف مملوك تثبت فيه الشفعة، وإلا فلا.

فصل [إذا تصرف المشتري في المبيع]

قال المصنف رحمه الله: (وإن تصرّف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف، أو هبة: سقطت الشفعة. نص عليه. وقال أبو بكر: لا تسقط).

أما كون الشفعة تسقط بالتصرف بما ذُكر على المنصوص؛ فلأن الشفعة تثبت في المملوك للمشتري، وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً له.

وأما كونها لا تسقط على قول أبي بكر؛ فلأن حقَّ الشفيع سابق على ما ذكر. فلم يكن للمشتري التصرف بما يبطل حقه.

ولأن الشفيع يملك فسخ البيع مع إمكان الأخذ به، فلأن يملك فسخ عقدٍ لا يمكنه الأخذ به بطريق الأولى.

قال: (وإن باع فللشفيع الأخذ بأيّ البيعين شاء. فإن أخذ بالأول رجع الثاني على الأول).

أما كون الشفيع له الأخذ بأيّ البيعين شاء؛ فلأن كل واحدٍ منهما له ملك سابقٌ عليه.

وأما كون الثاني يرجع على الأول إذا أخذ الشفيع بالبيع الأول؛ فلأنه لم يُسَلَّم له المعوض[1]. فكان له الرجوع بالعوض.

قال: (وإن فسخ البيع بعيب، أو إقالة، أو تحالف: فللشفيع أخذه. ويأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع).

أما كون الشفيع له أخذ ذلك مع الفسخ بما ذُكر؛ فلأن حقه سابقٌ على ذلك كله، ولا يمكنه الأخذ بما وجد بعد البيع.

---

(١) في هـ: العوض.

فإن قيل: الإقالة : إن قيل[١] هي فسخ لا تُستحق بها شفعة ، وإن[٢] قيل: هي بيع تُستحق بها الشفعة . وهاهنا قد حكم المصنف رحمه الله بالأخذ مطلقاً.

قيل: الأخذ هنا بالبيع لا بالإقالة . وأما الأخذ بالإقالة فصورته: أن شخصاً حصل له نصيبٌ في عقارٍ بعد أن باع بعض الشركة نصيبه . ثم يقايل هو والمشتري بعد أن ملك الشخص النصيب . فهاهنا هل يملك الشخص الشفعة ؟ ينبني على أن الإقالة فسخ أو بيع . أما الشريك هنا فملكه سابقٌ على البيع ، فبنفس البيع استحق الشفعة.

فإن قيل: ينبغي أن لا يستحق الشفعة؛ لأن الإقالةَ رفعت البيع ، وإذا ارتفع البيع زال سبب الاستحقاق.

قيل: الإقالة إما بيعٌ وإما فسخٌ في الحال. ولا يصح أن يكون رفعا للعقد ، وإلا لوجب على المشتري ردّ الكسب والولد ونحو ذلك؛ لأن العقد لو ارتفع لكان ذلك كله نماء ملك البائع.

وأما كونه يأخذه في التحالف بما[٣] حلف عليه البائع؛ فلأن الإنسان لا يجبر على نقل ملكه بغير ثمنٍ يرضيه ، ولهذا ردّ المبيع في مسألة التحالف إلى البائع.

قال: (وإن أجّره أخذه الشفيع، وله الأجرة من[٤] يوم أخذه . وإن استغله فالغلّة له . وإن أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهو للمشتري مبقىً إلى الحصاد والجذاذ).

أما كون الشفيع له الأخذ مع إجارة المشتري للمشفوع؛ فلأن الإجارة لا تمنع ملك الملك . بدليل أنه يصح بيع المؤجَّر.

وأما كون الأجرة له من يوم أخذه؛ فلأنها نماء ملكه بحكم الشفعة . أشبه ما لو اشتراه.

---

(١) سقط لفظي: إن قيل من هـ.

(٢) في هـ: فإن.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) مثل السابق.

وأما كون الغلّة التي استغلها المشتري له؛ فلأن الخراج بالضمان. ولو تلف المبيع كان من ضمانه . فكذلك تكون غلته له.

وأما كون الزرع أو الثمرة الظاهرة للمشتري مبقىً إلى الحصاد والجذاذ إذا أخذ المشفوعَ وفيه ذلك؛ فلأن المشتري فعل ذلك في ملكه . أشبه ما لو اشترى أرضاً فيها زرع أو ثمرة ظاهرة.

ولأن جميعُ ما ذُكر حَدَثَ في ملك المشتري. وأَخْذُ الشفيع له بمنزلة شراءٍ ثانٍ . أشبه ما لو اشتراه ابتداء.

فإن قيل: إذا كان بمنزلة شراءٍ ثانٍ يجب أنه إذا أخذه وقد أجّره المشتري لا يستحق الأجرة ، كما لو اشترى عيناً مؤجرة.

قيل: الشفيع يستحق الانتزاع على الوجه الذي وقع عليه العقد، والعقد وقع مشتملاً على المنفعة. فمقتضى هذا أن يستحق نفس المنفعة . لكن عارضه أن المشتري تصرف فيها بالإجارة، وتصرفه نافذٌ لكونه مالكاً، وإذا تعذر أخذ عين المنفعة وجب الرجوع ببدلها لكونه غير متعذر.

قال: (وإن قاسم المشتري وكيل الشفيع ، أو قاسم الشفيع لكونه أَظْهَرَ له زيادة في الثمن أو نحوه ، أو غرس ، أو بنى : فللشفيع أن يدفع إليه قيمة الغراس والبناء ويملكه أو يقلعه ، ويضمن النقص . فإن اختار أخذه فأراد المشتري قلعه فله ذلك ، إذا لم يكن فيه ضرر).

أما كون الشفيع له الخيرة بين دفع ما ذكر وملكه له وبين قلعه وضمان نقصه؛ فلأن ضررهما لا يزول إلا بذلك ، وقد قال عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار»[1] رواه ابن ماجة.

وأما كون المشتري له قلع ذلك مع اختيار الشفيع الأخذ؛ فلأن ذلك ملكه. واشترط المصنف رحمه الله في كون المشتري له القلع عدم الضرر على الشفيع؛ لأن الضرر لا يزال بالضرر.

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ١١٣.

قال: (وإن باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفعته في أحد الوجهين. وللمشتري الشفعة فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين).

أما كون الشفيع لا تسقط شفعته إذا باع ملكه قبل علمه ببيع نصيب شريكه في وجه قاله أبو الخطاب؛ فلأنها تثبت له. فلا تسقط بالبيع بعده.

وأما كونها تسقط في وجهٍ قاله القاضي؛ فلأنها تثبت لإزالة الضرر الحاصل بالشركة، وقد زال بالبيع.

ولأنه زال السبب الذي تستحق به الشفعة، وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه، فصار كمن اشترى معيباً فلم يعلم بعيبه حتى زال أو حتى باعه.

وأما كون المشتري له الشفعة فيما باعه الشفيع في وجهٍ ، فلأن له ملكاً سابقاً على بيع الشفيع. فملك الأخذ به.

وأما كونه لا شفعة له في وجهٍ ، فلأن ملكه ضعيف ، لكونه بعَرَضِيَّة الأخذ بالشفعة.

قال: (وإن مات الشفيع بطلت الشفعة. إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه).

أما كون الشفعة تبطل بالموت قبل طلبها؛ فلأن الشفعة حقُّ فسخٍ ، ثبت لا لفوات جزء. فلم يورث ، كالرجوع في الهبة.

ولأنه نوع خيار جعل للتمليك. أشبه خيار القبول. ويتخرّج أن لا يبطل[1] ، كخيار الرد بالعيب.

والفرق بينهما: أن خيار الرد ثبت لفوات جزء وقد نبّه على ذلك فيما تقدم من قوله: لا لفوات جزء.

وأما كونها لا تبطل إذا طلبها الشفيع ثم مات؛ فلأن الشقص يصير ملكاً له بنفس الطلب.

فعلى هذا يكون لوارثه من بعده ، كسائر حقوقه.

---

(١) ساقط من هـ.

فصل [في الثمن الذي يأخذ به الشفيع]

قال المصنف رحمه الله: (ويأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع العقد عليه . وإن عجز عنه ، أو عن بعضه : سقطت شفعته).

أما كون الشفيع يأخذ المبيع بالثمن المذكور؛ فلأن في حديث جابر أن النبي ﷺ قال: «هو أحق به بالثمن»[1]. رواه أبو إسحاق الجوزجاني في المترجم.

ولأن الشفيع إنما يستحق الشقص بالبيع . فكان مستحقاً له بالثمن ، كالمشتري.

فإن قيل: ينبغي أن يأخذه بقيمته ، كالمضطر إلى طعام غيره.

قيل: المضطر استحقه بسبب حاجته فكان المرجع[2] في بدله إلى قيمته ، والشفيع استحقه لأجل البيع. ولهذا لو انتقل بهبة أو ميراث لم يستحق الشفعة. وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع.

وأما كون الشفعة تسقط بالعجز عن الثمن أو عن بعضه؛ فلأن الأخذ بلا ثمن ، أو ببعض الثمن : ضررٌ بالمشتري، والضرر لا يزال بالضرر.

قال: (وما يُحطُّ من الثمن ، أو يُزاد فيه في مدة الخيار : يُلحق به . وما كان بعد ذلك لا يلحق).

أما كون ما يُحَطُّ من الثمن أو يُزاد فيه في مدة الخيار يلحق بالثمن؛ فلأن زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغيير اللاحق حالة العقد ملحقٌ . فكذلك ما هو بمنزلته.

وأما كون ما بعد ذلك لا يُلحق به؛ فلأن الزيادة حينئذ هبةٌ ، يشترط لها شروط الهبة ، والنقصان إبراء . فلا يثبت شيء منهما في حق الشفيع.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٥١٣٥) ٣: ٣٨٢.

(٢) في هـ: المرجوع.

ولأن[1] ذلك وجد بعد استقرار العقد . فلم يثبت في حق الشفيع ، كما لو وهب أحدهما الآخر[2] عيناً أخرى.

قال: (وإن كان مؤجلاً أخذه الشفيع بالأجل إن[3] كان ملياً ، وإلا أقام كفيلاً ملياً وأخذ به).

أما كون الشفيع يأخذ المشفوع المبيع بثمنٍ مؤجلٍ بالأجل؛ فلأن الشفيع يستحق الأخذ بقدر الثمن وصفته ، والتأجيل من صفته.

وأما قول المصنف رحمه الله: إن كان ملياً وإلا أقام كفيلاً ملياً ؛ فتنبيهٌ على اشتراط الملاءة أو إقامة الشفيع كفيلاً ملياً في استحقاق الشفعة؛ لأنه لو أخذ بدون ذلك لتضرر المشتري، والضرر لا يزال بالضرر.

قال: (وإن كان الثمن عرضاً أعطاه مثله إن كان ذا مثل ، وإلا قيمته).

أما كون الشفيع يعطي المثل إذا كان الثمن[4] مثْلياً ، كالحنطة والشعير ونحو ذلك؛ فلأنه أقرب إلى مساواة ما دفعه. ولهذا يجب المَثَل في الإتلاف ، والقرض ، ونحو ذلك.

وأما كونه يعطى القيمة إذا كان عرضاً لا مثل له ، كالثياب والحيوان ، فلتعذر المثل.

ولأن[5] ذلك بدله في الإتلاف.

وفي كلام المصنف رحمه الله تنبيهٌ على أن كون الثمن غير مثلي لا يمنع استحقاق الشفعة. وصرح به في المغني؛ لأنه أحد نوعي الثمن . فجاز أن تثبت به الشفعة ، كالمثلي.

---

(١) في هـ: فلأن.
(٢) في هـ: للآخر.
(٣) في هـ: وإن.
(٤) في هـ: عرضاً.
(٥) في هـ: فلأن.

قال: (وإن اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري . إلا أن يكون للشفيع بينة).

أما كون القول قول المشتري فيما ذُكر إذا لم تكن للشفيع بينة؛ فلأن الملك له ، فلا يترع من يده بقول المدعي.

ولأنه العاقد فهو أعرفُ بالثمن.

وأما كونه لا يقبل قوله إذا كان للشفيع بينة؛ فلأنها تكذّبه.

قال: (وإن قال المشتري: اشتريته بألف ، وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين : فللشفيع أخذه بألف . فإن قال المشتري: غلطتُ . فهل يُقبل قوله مع يمينه ؟ على وجهين).

أما كون الشفيع يأخذ المشفوع بألف إذا قال المشتري: اشتريته بذلك ، وأقام البائع بينة بألفين؛ فلأن المشتري يقر بأن البينة كاذبة، وأنه ظلم في الألف الآخر . فلم يستحق الرجوع به.

وأما كون المشتري إذا قال: غلطتُ لا يقبل قوله مع يمينه على وجهٍ؛ فلأنه رجع عن إقراره بعد تعلق حق غيره.

وأما كونه يُقبل على وجهٍ؛ فلأنه لو أخبر في المرابحة بثمنٍ ، ثم قال: غلطتُ قُبِل . فكذا هذا.

قال: (وإن ادعى أنك اشتريته بألف ، فقال: بل اتهبته أو ورثته : فالقول قوله مع يمينه . فإن نكل عنها ، أو قامت للشفيع بينة : فله أخذه ، ويقال للمشتري: إما أن تقبل الثمن ، وإما أن تبرئ منه).

أما كون القول قول مدعي الهبة والميراث مع يمينه؛ فلأن الأصل معه.

ولأن المثبت للشفعة البيع ، ولم يتحقق.

وأما كونه يحلف ، فلاحتمال صدق خصمه.

وأما كون الشفيع له الأخذ إذا نكل المشتري عن اليمين؛ فلأن النكول قائمٌ مقام الإقرار. ولو أقرّ بالبيع لأخذ بالشفعة . فكذلك[1] ما قام مقامه.

---

(١) في هـ: فكذا.

وأما كونه له الأخذ إذا قامت له بينة؛ فلأن البيع يثبت بحقوقه. والأخذ بالشفعة من حقوقه.

وأما كونه يقال للمشتري بعد أخذ المشفوع منه: إما أن تقبل الثمن، وإما أن تبرئ منه؛ فلأن الثمن صار مستحقاً له . فيقال له ذلك لتحصل براءة الشفيع.

قال: (وإن كان عوضاً في الخلع ، أو النكاح ، أو عن دم عمد فقال القاضي: يأخذه بقيمته . وقال غيره: يأخذه بالدية ، ومهر المثل).

أما كون الشفيع يأخذ ما ذكر بقيمته على قول القاضي؛ فلأنه مَلَك الشِّقْص القابل للشفعة ببدلٍ ، ليس بمثلي . فوجب الرجوع إلى القيمة ، كما لو ملكه بسلعة لا مثل لها.

وأما كونه يأخذه بالدية ومهر المثل على قول غيره؛ فلأن ذلك بدل المشفوع . فوجب أن يؤخذ به ، كالثمن.

واعلم أن الاختلاف في صفة الأخذ يعتمد الأخذ بالشفعة في الصور[1] المذكورة . وفيه وجهان:

أحدهما: لا شفعة فيها .

قال المصنف رحمه الله في المغني: ظاهر كلام الخرقي أنه لا شفعة فيه ، وهو قول أبي بكر. ثم قال: قال[2] القاضي: هو قياس المذهب؛ لأن ما يقابل المبيع ليس بمال.

ولأن الأخذ: إما بالقيمة وهو ممتنع؛ لأنه ليس بعوض للمبيع ، وإما بالمهر وفيه تقويم البضع على الأجانب وإضرار بالشفيع؛ لأن مهر المثل يتفاوت مع المسمى؛ لأن المهر يُسامح به في العادة . بخلاف البيع.

فإن قيل: ظاهر كلام المصنف رحمه الله هنا أن القاضي يثبت استحقاق الشفعة ، وما ذكر في المغني يناقضه!

---

(١) في هـ: الصورة.

(٢) ساقط من هـ.

قيل: قول القاضي هنا في صفة الأخذ لا في أصله. ويجب حمل كلامه هنا على ذلك دفعاً للتناقض، وقد صرح بذلك في المغني فقال: وقال ابن حامد: تجب فيه الشفعة. ثم قال: قال القاضي: قياس قول ابن حامد يأخذ الشقص بقيمته.

والوجه الثاني: فيه الشفعة؛ لأنه عقد معاوضةٍ . فجاز أن تثبت الشفعة في الأرض المملوكة به ، كالبيع.

فصل [مسائل من الشفعة]

قال المصنف رحمه الله: (ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه . نص عليه . ويحتمل أن يجب).

أما كونه لا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه على المنصوص؛ فلأن في الأخذ التزام المشتري بالعقد[1] قبل رضاه بالتزامه، وإيجاب العهدة عليه، وتفويت[2] حقه من الرجوع في عين الثمن.

وأما كونه يحتمل أن يجب؛ فلأن الملك انتقل إلى المشتري . فوجب أن تجب الشفعة لشريكه؛ لإزالة ضرر الشركة.

قال: (وإن أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة ؟ على وجهين).

أما كون الشفعة فيما ذُكر تجب على وجه؛ فلأن البائع أقرّ بحقين: حقٌ للمشتري، وحقٌ للشفيع. فإذا سقط حق المشتري بإنكاره لم يسقط حق الشفيع ، كما لو أقرّ بدارٍ لرجلين ، فأنكر أحدهما.

وأما كونها لا تجب على وجهٍ؛ فلأن الشفعة فرعُ البيع ، فإذا لم يثبت البيع لم يثبت فرعُه.

قال المصنف في المغني: نصر الشريف أبو جعفر في مسائله يعني الأول. وقال: لا نصّ فيه عن أحمد.

قال: (وعهدة الشفيع على المشتري ، وعهدة المشتري على البائع).

---

(١) في هـ: العقد.

(٢) في هـ: وتفوت.

أما كون عهدة الشفيع على المشتري . ومعناها[1]: أن الشفيع إذا أخذ الشقص فوجده مستحقاً ، فعهدة الرجوع بالثمن على المشتري لا على البائع؛ فلأن الشفيع يملكه من جهة المشتري . فوجب أن يرجع عليه؛ لكونه بائعه.

ولأن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ، ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن . فكانت العهدة عليه ، كما لو أخذه منه ببيع.

وأما كون عهدة المشتري على البائع . ومعناها: أنه إذا رجع عليه يرجع هو على البائع؛ فلأن ملكه من جهته . فكان له الرجوع عليه؛ لما ذكر في الشفيع مع المشتري.

قال: (فإن أبى المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم عليه . وقال أبو الخطاب: قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع).

أما كون الحاكم يجبر المشتري على قبض المبيع؛ فلأن القبض واجب ليحصل حق الشفيع من تسليمه. ومن شأن الحاكم: أن يجبر الممتنع على فعل ما يجب فعله؛ لما فيه من قطع التنازع.

وأما كون الشفيع يأخذ المشفوع من يد البائع على قول أبي الخطاب؛ فلأن البيع يلزم من غير قبض.

قال: (وإذا ورث اثنان شقصاً عن أبيهما ، فباع أحدهما نصيبه : فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه . ولا شفعة لكافر على مسلم).

أما كون الشفعة بين الوارث[2] وشريك أبيه؛ فلأنهما شريكان حال ثبوت الشفعة . فكان بينهما ، كما لو ملكا كلاهما[3] بسبب واحد.

ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر[4] الشريك الداخلِ على شركائه بسبب شركته وهو موجود هاهنا.

---

(١) في ج: ومعناه.

(٢) في هـ: الأخ.

(٣) في ج: ملكوا كلهم.

(٤) في هـ: الضرر.

وأما كون الكافر لا شفعة له على مسلم؛ فلما روى الدارقطني في العلل بإسناده عن أنس أن[1] النبي ﷺ قال: «لا شُفعة لنصراني»[2].

ولأنه معنى يُملك به ، يترتب وجوبه على وجود ملكٍ مخصوصٍ . فلم تجب للذمي على المسلم ، كالزكاة.

ولأنه معنى يختص العقار، فلا يثبت لذمي على مسلم؛ كالاستعلاء في البنيان.

وفي قول المصنف رحمه الله: ولا شُفعة لكافرٍ على مسلمٍ ؛ إشعارٌ بأن للذمي على الذمي شُفعة. وصرح به في المغني؛ لعموم الأدلة المقتضية لثبوت الشفعة، وزوال المعنى المذكور في المسلم.

قال: (وهل تجب الشفعة للمضارب على رب المال ، أو لرب المال على المضارب فيما يشتريه للمضاربة ؟ على وجهين).

أما كون الشفعة تجب للمضارب -والمراد بذلك: أن المضارب إذا كان له شقص في دارٍ ، فاشترى بمال المضاربة بقيتها- على وجهٍ؛ فلأن في ذلك دفعاً لضرر الشركة .

وأما كونها لا تجب على وجهٍ؛ فلأن له في مال المضاربة تعلقاً[3] في الجملة . أشبه رب المال .

وقال المصنف في المغني : إن لم يكن له في مال المضاربة ربحٌ فله الشفعة. وإن كان فيها[4] ربحٌ ، وقلنا: لا يملكه بالظهور فكذلك . وإن قلنا: يملكه بالظهور ففيه وجهان ، كما في رب المال .

وقال صاحب النهاية فيها بعد أن حكى قريباً مما ذُكر : وعندي أنه لا شُفعة للعامل فيما اشتراه ، كالوكيل والوصي .

---

(١) في هـ: عن.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٠٨ كتاب الشفعة، باب روايه ألفاظ منكرة يذكرها بعض الفقهاء في مسائل الشفعة.

وأخرجه الطبراني في الصغير ١: ٢٠٦.

(٣) في هـ: تعلقه.

(٤) في هـ: بها.

وأما كون الشفعة تجب لرب المال على المضارب -والمراد بذلك: أن يكون له شقصٌ في دارٍ فيشتري المضارب من مال المضاربة بقيتها- على وجهٍ؛ فلأن مال المضاربة كالمنفرد بنفسه لتعلق حق الغير به .

ولأن المضارب يستحق البيع ، ورب المال يثبت الملك لنفسه بالشفعة ليقطع حق العامل من ذلك ، وصار ذلك بمنزلة ما إذا كان المشتري شريكاً ، فإن الشفعة بينه وبين شريكه ، وهذه شفعة في الحقيقة لم تجلب ملكاً وإنما أثبتته وقررته . فكذلك هاهنا .

وأما كونها لا تجب له على وجهٍ؛ فلأن الملك وقع له . فلا يستحق الشفعة على نفسه .

وقال المصنف في المغني : هذان الوجهان مبنيان على شراء رب المال من مال المضاربة .

وقال صاحب النهاية فيها بعد أن ذكر التعليل المذكور قبل : هذا تكلّف . والصحيح نفي الشفعة . والشقص كسائر أموال القراض. والله أعلم[1] .

---

(١) زيادة من ج.

باب الوديعة

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع والمعنى : أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء:٥٨]، وقوله تعالى: ﴿فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته﴾ [البقرة:٢٨٣].

وأما السنة فقول النبي ﷺ : « أدِّ الأمانةَ إلى من ائتمنكَ ، ولا تَخُنْ منْ خَانَكْ »[1]. رواه أبو داود والترمذي. وقال: حديث حسن.

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على جواز الإيداع والاستيداع.

وأما المعنى؛ فلأن بالناس حاجة إليها؛ لأنهم يتعذر عليهم حفظ جميع أموالهم بأنفسهم.

قال المصنف رحمه الله: (وهي أمانة . لا ضمان عليه فيها . إلا أن يتعدى).

أما كون الوديعة أمانة؛ فلأن الله تعالى سماها أمانة.

وأما كون المودَع لا ضمان عليه فيها إذا لم يتعد؛ فلأن الضمان ينافي الأمانة، وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « منْ أَودَعَ وَديعةً فلا ضَمانَ عليه »[2] رواه ابن ماجة.

ولأنه قول جماعة من الصحابة منهم: أبو بكر وعلي رضي الله عنهما.

ولأن المستودَع إنما يحفظها لصاحبها ، فلو ضُمِنَت لامتنع الناس من قبول الودائع وذلك مضر؛ لما فيه من مسيس الحاجة إليها.

وأما كونه عليه الضمان إذا تعدى؛ فلأن التعدي يوجب الضمان حيث وجد ، وقد وجد هنا.

قال: (وإن تلفت من بين ماله لم يضمن في أصح الروايتين).

أما كون المودَع لا يضمن ما ذُكر على الصحيح من المذهب؛ فلما ذكر قبل.

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٣٥) ٣: ٢٩٠ كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦٤) ٣: ٥٦٤ كتاب البيوع.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٠١) ٢: ٨٠٢ كتاب الصدقات، باب الوديعة.

وأما كونه يضمن على رواية ، فلما روي « أن أنساً كانت عنده وديعة فذهبت . فرفع الأمر إلى عمر. فقال: هل ذهب معها شيء ؟ قال: لا. فقال: اغرمها »[1].

قال المصنف في المغني: قال القاضي: الأولى أصح؛ لما ذكر قبل. وحديث عمر محمولٌ على التفريط.

قال: (ويلزم حفظها في حرز مثلها . فإن عيّن صاحبها حرزاً ، فجعلها في دونه : ضمن . وإن أحرزها بمثله ، أو فوقه : لم يضمن . وقيل: يضمن إلا أن يفعله لحاجة).

أما كون المودَع يلزمه حفظ الوديعة في حرز مثلها؛ فلأن الله تعالى أمر بأدائها ، ولا يمكن[2] ذلك إلا بالحفظ.

ولأن فائدة الوديعة الحفظ وحرز المثل معتبرٌ في مواضع . فكذلك هاهنا.

وأما كونه يضمن إذا عيّن صاحبها حرزاً ، فجعلها المودَع في دونه؛ فلأنه خالفه في حفظ ماله.

وأما كونه لا يضمن إذا أحرزها بمثل الحرز أو فوقه على المذهب؛ فلأن تنصيصه على الحرز يقتضي الحفظ فيه، وفيما يقوم مقامه ، كمن اكترى أرضاً لزرع الحنطة فإن له زرعها بها وبما هو مثلها في الضرر.

وأما كونه يضمن إذا فعل ذلك لغير حاجة في وجه ، فلأنه خالف المالك.

وأما كونه لا يضمن إذا فعل ذلك لحاجةً ، مثل: أن يخاف عليها سيلاً ، أو حريقاً ، أو نحو ذلك؛ فلأنه حينئذ لا يُعد مفرّطاً ، بل يُعدُّ تَرْك ذلك تفريطاً.

قال: (وإن نهاه عن إخراجها فأخرجها لغشيان شيء الغالب منه التوى : لم يضمن . وإن تركها فتلفت ضمن . وإن أخرجها لغير خوف ضمن).

أما كون المودَع لا يضمن فيما إذا أخرج الوديعة لغشيان شيء الغالب منه التوى . وهو التلف؛ فلما تقدم من أن المخرج لذلك لا يُعد مفرّطاً.

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٧٩٩) ٨: ١٨٢ كتاب البيوع، باب الوديعة.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٩٠ كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن.

(٢) في هـ: يتمكن.

وأما كونه يضمن فيما إذا تركها فتلفت؛ فلأن تارك الإخراج مع غشيان ما ذكر يُعد مفرّطاً.

ولأن[1] الحال لما تغيرت كان حفظها نقلها . فإذا تركها فقد ضيعها .

وذكر المصنف في المغني وجهاً آخر: لا ضمان عليه؛ لأنه ممتثل لقول صاحبها.

وأما كونه يضمن فيما إذا أخرجها لغير خوف؛ فلأنه خالف المالك ونهيه لغير مصلحة.

قال: (**وإن قال: لا تخرجها وإن خفت عليها . فأخرجها عند الخوف ، أو تركها : لم يضمن**).

أما كون المودَع لا يضمن إذا أخرجها عند الخوف؛ فلما ذكر من أن حفظها نقلها.

وأما كونه لا يضمن إذا تركها؛ فلأنه تركها بإذنه الصريح . بخلاف التي قبلها.

قال: (**ولو أودعه بهيمةً ، فلم يَعْلفها حتى ماتت : ضمن . إلا أن ينهاه المالك عن علفها**).

أما كون المودَع يضمن مع عدم النهي؛ فلأن العلف من كمال الحفظ ، بل هو الحفظ بعينه؛ لأن العرف يقتضي أن من أودع بهيمة فإن الاعتماد عليه في علفها . فصار مأموراً بالعلف من حيث العرف.

وأما كونه لا يضمن مع النهي عن العلف؛ فلأن المالك قد أذن له في السبب المهلك . أشبه ما لو أذن له في قتل عبده.

قال: (**وإن[2] قال: اترك الوديعة في جيبك . فتركها في كُمّه : ضمن . وإن قال: اتركها في كمّك . فتركها في جيبه : لم يضمن . وإن تركها في يده احتمل وجهين**).

أما كون المودَع يضمن فيما إذا قال: اترك الوديعة في جيبك . فتركها في كمّه؛ فلأن الجيب أحرز وأبعد[1] من البَطّ.

---

(١) في هـ: وأن.

(٢) في هـ: فإن.

وأما كونه لا يضمن إذا قال: اتركها في كمّك فتركها في جيبه؛ فلما تقدم من أن الجيب أحرز من الكُمّ.

وأما كونه يضمن إذا تركها في يده على وجهٍ؛ فلأن اليد يتطرق إليها الفتح بالنسيان والنوم.

وأما كونه لا يضمن على وجهٍ؛ فلأن اليد أحرز؛ لأن الكُمّ يتطرّق إليه البط.

قال: (وإن دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله ، كزوجته ، وعبده : لم يضمن . وإن دفعها إلى أجنبي ، أو حاكم : ضمن . وليس للمالك مطالبة الأجنبي . وقال القاضي : له ذلك).

أما كون المودَع لا يضمن فيما إذا دفع الوديعة إلى من يحفظ ماله ، كزوجته وعبده؛ فلأنه مستودَع . فله أن يحفظ الوديعة بنفسه ، وبمن جرت العادة أن يحفظ ماله.

وأما كونه يضمن[2] فيما إذا دفعها إلى أجنبي أو حاكم؛ فلأنه مودَع . فليس له أن يُودع من غير عذر.

وأما كون المالك ليس له مطالبة الأجنبي -والمراد به عند التلف- على قولِ غير القاضي؛ فلأن المودَعِ ضمن بنفس الدفع والإعراض عن الحفظ . فلا يجب الضمان على الثاني؛ لأن دفعاً واحداً لا يوجب ضمانين . بخلاف غاصب الغاصب؛ لأن الغاصب يده ضامنة فرُتِّب الضمان على الضمان.

وأما كونه له ذلك على قول القاضي؛ فلأنه قَبَضَ ما ليس له قبضه . أشبه المستودع[3] من الغاصب.

قال: (وإن أراد سفراً ، أو خاف عليها عنده : ردّها إلى مالكها . فإن لم يجده حملها معه إن كان أحفظ لها ، وإلا دفعها إلى الحاكم . فإن تعذر ذلك أودعها

⇨

(١) في هـ: لأنه أبعد.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) في هـ: المودع.

ثقة أو دفنها وأعلم بها ثقة يسكن تلك الدار . وإن دفنها ولم يعلم بها أحداً ، أو أعلم بها من لا يسكن الدار : ضمنها).

أما كون المودَع يردّ الوديعة على مالكها إذا أراد سفراً أو خاف عليها؛ فلأن في ذلك تخليصاً له من دركها.

وأما كونه يحملها معه إذا لم يجده ، وكان أحفظ لها؛ فلأن المقصود الحفظ ، وهو موجود هنا وزيادة.

وأما كونه يدفعها إلى الحاكم إذا لم يكن حملها معه أحفظ لها[1]؛ فلأن في السفر بها غرراً؛ لأن ذلك بعرضيّة النهب وغيره.

وأما كونه يودعها ثقة عند تعذر ما تقدم؛ فـ «لأن النبي ﷺ كان عنده ودائع فلما هاجر تركها عند أم أيمن ».

وأما كونه يدفنها[2] بالشروط المتقدم ذكرها؛ فلأن الحفظ يحصل به.

وأما كونه يضمن إذا دفنها و لم يُعلم بها أحداً؛ فلأنه قد يموت في سفره، وربما نسي مكانها، أو أصابه آفة من غرق أو هدمٍ أو نحوهما.

وأما كونه يضمن إذا أعلم بها من لا يَسكن الدار؛ فلأنه لم يُودعها إياه. والحكم فيما[3] إذا أعلم بها ساكناً في تلك الدار وهو غير ثقة كالحكم فيما ذكر؛ لأن غير الثقة ربما خان فيها. و لم يصرح به المصنف رحمه الله اكتفاء بمفهوم قوله: وأعلم بها ثقة.

قال: (وإن تعدى فيها فركب الدابة لغير نفعها، ولبس الثوب، وأخرج الدراهم لينفقها ثم ردّها ، أو جحدها ثم أقر بها، أو كسر ختم كيسها، أو خلطها بما لا تتميز منه : ضمنها . وإن خلطها بمتميز، أو ركب الدابة ليسقيها : لم يضمن).

أما كون المودع يضمن إذا تعدى؛ فلما تقدم أول الباب[4].

ولأن المتعدي شبيهٌ بالغاصب . فوجب أن يضمن بالقياس عليه.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: وأن كونه يدفعها.

(٣) في هـ: فيها.

(٤) ص: ٩٠.

وأما قول المصنف رحمه الله: فركب الدابة ؛ فتمثيل للتعدي ، وذلك يحصل بأشياء :

● منها: ركوب الدابة ، ولبس الثوب؛ لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه. وقيَّد الركوب بعدم نفع الدابة احترازاً من ركوبها لنفعها . وسيأتي بيانه.

● ومنها: إخراج الدراهم من وعائها لينفقها؛ لأنه تصرف أيضاً في مال المالك بغير إذنه.

● ومنها: جحود الوديعة؛ لأنه خرج به عن حيز الأمانة، لأن الجحود ضدها.

● ومنها: كسر ختمها؛ لأنه يزيل عنها أحد أسباب حفظها ، وهو مأمور بتحصيله[1].

● ومنها: خلطها بما لا تتميز منه؛ لأنه يتعذر بذلك ردّها بعينها إلى صاحبها ، وهو مأمور به.

وأما كونه لا يضمن إذا خلطها بمتميز كسُودٍ وضعها في بِيض ، ومُقَطَّعَة في صحاحٍ؛ فلأن ذلك ليس بخيانةٍ[2] . أشبه ما لو وَضع فوق الوديعة ثوباً، أو مع الدراهم دنانير.

وأما كونه لا يضمن إذا ركب الدابة ليسقيها؛ فلأن ذلك لنفعها . بل لو ترك سقيها حتى ماتت ضمنها.

قال: (وإن أخذ درهماً ، ثم رده . فضاع الكل : ضمنه وحده . وعنه: يضمن الجميع . وإن رد بدله متميزاً فكذلك . وإن كان غير متميز ضمن الجميع . ويحتمل أن لا يضمن غيره).

أما كون المودَع يضمن الدرهم وحده إذا أخذه ثم رده ثم ضاع الكل على المذهب؛ فلأن الضمان تعلق بالأخذ فلم يضمن غيرَ ما أخذه.

وأما كونه يضمن الجميع على رواية؛ فلأنه جنى على الوديعة بأخذ بعضها . فصارت مضمونة ، كجملتها. وشرطُ هذا الخلاف: أن تكون الدراهم غير

(١) في هـ: بتحليصه.

(٢) في هـ: بجناية.

مصرورة ولا مختومة، فلو كانت مختومة أو مصرورة في خرقة أو شبهها فكسرَ الختم أو فتحَ الصرّة ضمن الكل بلا خلاف؛ لأنه هتك الحرز بفعل تعدَّى به.

وأما كون حكم ما ردّ بدله متميزاً كحكم الدرهم؛ فلما ذكر.

وأما كونه يضمن الجميع إذا ردّ غير متميزٍ على المذهب؛ فلأنه خلط الوديعة بماله . أشبه ما تقدم.

وأما كونه يحتمل أن لا يضمن غيره؛ فلأن التعدي في الحقيقة إنما وقع فيه . أشبه ما لو ردّه بعينه.

قال: (وإن أودعه صبيٌّ وديعةً ضمنها . ولم يبرأ إلا بالتسليم إلى وليّه).

أما كون المودَع يضمن ما أودعه الصبي؛ فلأن القبض ممن لا إذن له . أشبه القبض من المجنون.

وأما كونه لا يبرأ إلا بالتسليم إلى وليّه؛ فلأن الوديعة صارت مضمونة في يده . فلم يبرأ إلا بما ذكر ، كما لو كان له دين في ذمته.

قال: (وإن أودع الصبيَّ وديعةً . فتلفت بتفريطه : لم يضمن . وإن أتلفها لم يضمن. وقال القاضي: يضمن).

أما كون الصبي لا يضمن الوديعة إذا تلفت بتفريطه؛ فلأن مالك الوديعة فرّط في تسليمها إليه.

وأما كونه لا يضمنها إذا أتلفها[1] على قول غير القاضي؛ فلما ذكر قبل.

وأما كونه يضمنها على قول القاضي؛ فلأَن ما ضُمن بالإتلاف قبل الإيداع ضُمن به بعده. والصبي لو أتلف شيئاً من غير الوديعة ضمن . فكذلك يضمن الوديعة إذا أتلفها.

قال: (وإن أودع عبداً وديعة . فأتلفها : ضمنها في رقبته).

أما كون العبد يضمن الوديعة إذا أتلفها؛ فلأن العبد مكلف يصح استحفاظه ، وبهذا يحصل الفرق بينه وبين الصبي.

---

(١) في هـ: أتفلها.

وقال صاحب النهاية فيها: قال القاضي: فيه وجهان كوديعة الصبي. ثم قال: والصحيح الفرق ، وذَكَر ما تقدم.

وأما كون الضمان في رقبته؛ فلأن إتلافه من جنايته، ولو جنى كان الضمان في رقبته . فكذلك إذا أتلف[1].

(١) في هـ: تلف.

فصل [المودَع أمين]

قال المصنف رحمه الله: (والمودع أمين. والقول قوله فيما يدعيه من ردٍّ، وتلف، وإذن في دفعها إلى إنسان، وما يدعى عليه من جناية وتفريط).

أمّا كون المودع أميناً؛ فلأن الله تعالى سمى الوديعة أمانة بقوله: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾ [النساء:٥٨]، وقوله: ﴿فليؤد الذي اؤتمن أمانته﴾ [البقرة:٢٨٣].

وقال عليه السلام: «أدِّ الأمانةَ إلى من ائتمنك»[1].

ولأنه لا منفعة له في قبضها.

وأما كون القول قوله فيما ذكر؛ فلأن ذلك شأن الأمين.

قال: (فإن قال: لم تودعني، ثم أقر بها، أو ثبتت ببينة فادعى الرد أو التلف: لم يُقبل وإن أقام به بينة. ويحتمل أن تقبل بينته. وإن قال: ما لك عندي شيء قبل قوله في الرد والتلف).

أما كون المودَع المذكور لا يقبل قوله إذا ادعى الرد والتلف بعد قوله: لم تودعني؛ فلأنه خرج بالإنكار عن الأمانة.

وأما كونه لا تقبل بينته بذلك على المذهب؛ فلأنه مكذبٌ لها.

وأما كونه يحتمل أن تقبل فلعدم[2] التهمة. والكذبُ الصادر منه لا يمنع من إظهار الحق، كالمرأة إذا ادعت القذف على زوجها فأنكر. فأقامت البينة بقذفه. فأراد الزوج إقامة البينة على زناها.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٩٠.

(٢) في هـ: فلعموم.

وأما كونه يقبل قوله في الرد والتلف إذا قال: ما لك عندي شيء؛ فلأن قوله أولاً لا يناقض قوله ثانياً؛ لأن من أخذ وديعة فتلفت أو ردّها يصح أن يقول: ما لك عندي شيء ، لأنه صادق.

قال: (وإن مات المودَع فادعى وارثُه الردَّ : لم يُقبل إلا ببينة . وإن تلفت عنده قبل إمكان ردّها لم يضمنها ، وبعده يضمنها في أحد الوجهين).

أما كون وارث المودَع لا تُقبل دعواه في الرد إذا لم تكن بينة؛ فلأن دعوى الرد من المودَع إنما تقبل لكونه أمين المودِع ، وهذا مفقود في وارثه؛ لأن المالك لم يأتمنه[1].

وأما كونه تقبل دعواه إذا كان له بينة؛ فلأن البينة تُظهر صدق دعواه.

وأما كونه لا يضمنها إذا تلفت عنده قبل إمكان ردها؛ فلأنه معذورٌ. قال الله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾ [البقرة:٢٨٦].

وأما كونه يضمنها بعد الإمكان في وجه ، فلأن مال الغير صار في يده من غير أن يودعه إياه . فوجب ضمانه إذا لم يردّه مع إمكانه ، كما لو أطارت الريح ثوب رجلٍ إلى سطحٍ آخر ، وأمكنه ردّه . فلم يفعل.

وأما كونه لا يضمنها في وجه؛ فكما لو تلفت قبل[2] الإمكان.

ولأن يده نائبةٌ عن موروثه، ولو تلفت عند موروثه مع إمكان الرد لم يضمن . فكذلك هذا.

قال: (وإن ادعى الوديعة اثنان . فأقرّ بها لأحدهما : فهي له مع يمينه . ويحلف المودَع أيضاً . وإن أقر بها لهما فهي لهما ، ويحلف لكل واحد منهما . فإن قال: لا أعرف صاحبها حلف أنه لا يعلم، ويقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها).

أما كون الوديعة للمُقَرِّ له وحده؛ فلأن إقراره له بيّن أن يده نائبة عن يد المدعي. واليدُ دليل الملك.

---

(١) في هـ: يثمنه.

(٢) في هـ: بعد.

وأما كون ذلك مع يمينه؛ فلاحتمال أن لا تكون له. ولهذا لو ادعى شخص داراً في يد آخر وطلب يمينه لزمته . فكذلك هاهنا.

وأما كون المودَع يحلف أيضاً؛ فلأن من لزمه الدفع إذا أقرّ ، لزمه اليمين إذا أنكر.

وأما كونها لهما إذا أقرّ بها لهما، وكونه يحلف لكل واحدٍ منهما؛ فلما ذكر قبل.

وأما كونه يحلف أنه لا يعلم إذا قال: لا أعرف صاحبها؛ فلأنه يحتمل كذبه.

ولأن كل موضعٍ يُقضى فيه مع الإقرار تجب اليمين فيه مع الإنكار، وهاهنا لو أقرّ بها لهما أو لأحدهما قضي عليه.

وفي قول المصنف رحمه الله: حلف أنه لا يعلم ؛ إشعارٌ بأن اليمين واحدة لا ثنتان نظراً إلى تعدد المدعي. وصرح به في المغني. ووجهه أن المدعى أمر واحد وهو العلم بعين المالك وبهذا فارق ما إذا أنكرهما من حيث إن كل واحدٍ منهما يدعي أنها له فهما دعوتان.

وأما كونه يقرع بينهما؛ فلأنهما تساويا في الحق فيما ليس بأيديهما . فوجب أن يقرع بينهما ، كالعبدين إذا أعتقهما المريض فلم يخرج من الثلث إلا أحدهما، وكما لو أراد السفر بإحدى نسائه.

وأما كون من قرع يحلف؛ فلأنه يحتمل أنها ليست له.

وأما كونه يأخذ الوديعة إذا قرع[1] وحلف؛ فلأن ذلك فائدةَ القرعة.

قال: (وإن أودعه اثنان مكيلاً أو موزوناً[2] . فطلب أحدهما نصيبه : سلمه إليه).

أما كون المودَع يُسَلم نصيب الطالب إليه؛ فلأنه حق مشترك . يمكن تمييز أحدهما من الآخر من غير حيف محقق ولا موهوم فغيبة أحد الشريكين لا يمنع تمييز نصيب الحاضر . دليله الدين المشترك.

فإن قيل: في الدين يدفع مال نفسه ، وهاهنا يأخذ عين مال غيره.

قيل: بل هنا يأخذ عين ماله؛ لأن القسمة في المثلي إقرار لا بيع.

---

(١) في هـ: أقرعٍ.

(٢) في هـ: موزناً.

وأما قول المصنف رحمه الله: مكيلاً أو موزوناً ؛ فإشعارٌ بأن ذلك إنما يجوز في المثلي. وصرح به صاحب النهاية فيها؛ لأن قسمة غير ذلك بيعٌ ، وليس للمودَع أن يبيع على المودِع.

ولأن قسمة ذلك لا يؤمن فيها الحيف؛ لأنه يفتقر إلى التقويم وذلك ظنٌ وتخمين.

قال: (وإن غصبت الوديعة فهل للمودَع المطالبة بها ؟ على وجهين).

أما كون المودَع ليس له مطالبة الغاصب بالوديعة على وجهٍ؛ فلأنه ليس وكيلاً للمالك.

وأما كونه له مطالبته بها على وجهٍ؛ فلأن له حق اليد والحفظ . أشبه المستأجر والمرتهن. وهذا قول أبي الخطاب.

باب إحياء المَوَات

والأصل في ذلك ما روى جابر قال: قال رسول الله ﷺ: « مَنْ أحيَا أرضاً ميتةً فهيَ لهُ . وليسَ لعرقٍ ظالمٍ حَق »[1] . قال الترمذي: هذا حديث حسن.

وعن عائشة مثله[2] . رواه أبو داود.

قال ابن عبدالبر[3]: هو مسند صحيح مُتلقى بالقبول عند فقهاء المدينة وغيرهم.

قال المصنف رحمه الله: **(وهي : الأرض الداثرة ، التي لا يُعلم أنها ملكت . فإن كان فيها آثار الملك[4]، ولا يُعلم لها مالك : فعلى روايتين)**.

أما قول المصنف رحمه الله: وهي الأرض الداثرة التي لا يعلم أنها ملكت ؛ فبيانٌ لمعنى الموات شرعاً.

ويسمى مَواتاً ومِيتَةً ومَوَتاناً بفتح الميم والواو . والمُوْتان بضم الميم وسكون الواو: الموت الذريع.

ولا بد أن يُلحظ في قوله: التي لا يعلم أنها ملكت: أن يكون الملك لمسلمٍ أو مقرٍّ بالجزية، ولهذا روى كثير بن عبدالله بن عوف عن أبيه عن جده قال[5]: سمعت رسول الله ﷺ يقول: « من أحيَا أرضاً مَواتاً في غيرِ حقِّ مسلمٍ فهيَ له »[6] . رواه ابن عبدالبر.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٨) ٣: ٦٦٢ كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات. عن سعيد بن زيد ، وأخرجه أيضاً عن جابر ولكن بدون لفظ: « وليس لعرق ظالم حق » (١٣٧٩) ٣: ٦٦٣.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧٣) ٣: ١٧٨ كتاب الخراج، باب في إحياء الموات. عن سعيد بن زيد ، و لم أره عن عائشة.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) في هـ: ملك.

(٥) ساقط من هـ.

(٦) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٤٧ كتاب إحياء الموات، باب ما يكون إحياء وما يرجى فيه من الأجر.

وأما كون الأرض الداثرة التي كان فيها آثار المُلك، ولا يعلم لها مالك على روايتين؛ فلأن النظر إلى كونها داثرة يقتضي أن تكون مَواتاً. والنظر إلى كونها فيها آثار المُلك يقتضي أن لا تكون مَواتاً.

فإن قيل: ما فائدة الخلاف في ذلك ؟

قيل: جواز الإحياء وعدمه. ويعضد الجواز عموم قوله: « من أحيا أرضاً ميتةً فهيَ له »[1]. ويعضد العدم أنها أرض لها مالك، فلم يجز إحياؤها ، كما لو كان معلوماً. وعموم الحديث مخصوص بذلك.

قال: (ومن أحيا أرضاً ميتة فهي له ، مسلماً كان أو كافراً ، بإذن الإمام أو غير إذنه ، في دار الإسلام وغيرها . إلا ما أحياه مسلم من أرض الكفار التي صولحوا عليها . وما قَرُب من العامر وتعلق بمصالحه لم تملك بالإحياء . وإن لم يتعلق بمصالحه فعلى روايتين).

أما كون من أحيا أرضاً ميتة هي للمحيي؛ فلما تقدم من الأحاديث.

وأما كونها له بذلك مسلماً كان أو كافراً ، بإذن الإمام أو غير إذنه ، في دار الإسلام وغيرها غير ما استثني؛ فلأن العموم المتقدم يشمل ذلك كله.

ولأن الموجب للملك الإحياء ، وهو موجود في كل الصور.

ولأن التمليك لا يختلف فيه المسلم والذمي . دليله: البيع وسائر العقود.

وقال ابن حامد: لا يملك الذمي بالإحياء في دار الإسلام؛ لما روي عن النبي ﷺ : «مُوتان الأرض لله ورسوله ، ثم هي لكم »[2] .

وجوابه: أن هذا لا يعرف صحته. وإنما روى أبو عبيد: « عادي الأرض لله ورسوله ثم هي لكم »[3] وهو مرسل رواه طاووس عن النبي ﷺ. ثم لا يمتنع أن يريد بقوله: « هي لكم » أي لأهل دار الإسلام، والذمي من أهل الدار.

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٠٢.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٤٣ كتاب إحياء الموات، باب لا يترك ذمي يحيي... عن ابن عباس رضي الله عنه.

(٣) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٦٧٦) ص: ٢٥٣ كتاب أحكام الأرضين في إقطاعها ، باب الإقطاع.

وأما كون المسلم لا يملك بالإحياء ما أحياه من أرض الكفار التي صولحوا عليها؛ فلأنهم صولحوا على بلادهم فلم يُتَعَرّض لمواتهم؛ لأن الموات تابع للبلد.

وأما كونه لا يُملك بالإحياء ما قرب من العامر، وتعلق بمصالحه من طريق، ومسيلِ ماءٍ، ومطرحِ عمارةٍ، وملقى ترابٍ؛ فلقوله عليه السلام: «من أحيا أرضاً ميتةً في غيرِ حق مسلمٍ فهيَ لَه »[1].

ولأنه تعلق به حق الأرض. أشبه ما حصل فيه الإحياء.

وأما كونه يملك بالإحياء ما قرب من العامر ولم يتعلق بمصالحه على روايةٍ فلعموم الأدلة المقتضية لذلك.

وأما كونه لا يملك ذلك بالإحياء على رواية؛ فلأنه قريبٌ من العامر، وقد يحتاج إليه في المآل. أشبه ما قرب من العامر وتعلق بمصالحه.

والأولى أولى، لما ذكر.

و «لأن النبي ﷺ أقطع بلال بن الحارث المعادن القَبَلِيَّة »[2]. وهو يعلم أنها بين عمارة المدينة.

ولأنه موات لم يتعلق به مصلحة العامر. فجاز إحياؤه، كالبعيد.

قال: (ولا تملك المعادن الظاهرة، كالملح، والقار، والنفط، والكحل، والجص بالإحياء. وليس للإمام إقطاعه. فإن كان بقرب الساحل موضعٌ إذا حصل فيه الماء صار ملحاً مُلك بالإحياء، وللإمام إقطاعه).

أما كون المعادن الظاهرة[3] لا تملك بالإحياء؛ فلأن في ذلك ضرراً على المسلمين لكونه من المصالح العامة.

وأما كون الإمام ليس له إقطاع ذلك؛ فلما ذكر قبل.

و «لأن النبي ﷺ أقطع رجلاً معدن الملح. فلما قيل له: إنه بمنزلة الماء العدّ: ردّه »[1]. كذا قال الإمام أحمد، ورواه أبو عبيد في الأموال.

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٠٢.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٦٢) ٣: ١٧٣ كتاب الخراج، باب في إقطاع الأرضين.

(٣) في هـ: الظاهر.

ولأنه لا يجوز إقطاع مشارع الماءِ وطرق المسلمين . فكذلك هذا.

وأما كون الموضع الذي إذا حصل فيه الماء صار ملحاً يملك بالإحياء، وكونه يجوز إقطاعه؛ فلأنه لم يضيق على أحدٍ . فملك بالإحياء وجاز إقطاعه ، كبقية الموات.

قال: (وإذا مَلَكَ المحيا ملكه بما فيه من المعادن الباطنة ، كمعادن الذهب والفضة . وإن ظهر فيه عين ماء أو معدن جار أو كلأ أو شجر فهو أحق به . وهل يملكه ؟ على روايتين).

أما كون المعادن الباطنة تملك بملك المحيا؛ فلأنها من جملة أجزائه . فملكت بملكه ، كغيره.

وأما كون المحيي أحق بما ظهر في المحيا من عين ماء[2] أو معدن جار أو كلأ أو شجر؛ فلأنه لو سبق إلى شيء من المباح الذي لا يَملكُ أرضه كانَ أحقَّ به ، لقوله عليه السلام: «منْ سبقَ إلى ما لم يسبقْ إليه مسلمٌ فهوَ له »[3] . رواه أبو داود.

وفي لفظ: « فهو أحق به »[4]؛ فلأن يكون أحق بالمباح الذي في ملكه بطريق الأولى.

وأما كونه يملكه على رواية؛ فلأنه متصلٌ بأرضه . فَمَلَكه ، كالمعادن الباطنة.

ولأنه نماء ملكه . فملكه ، كشعر غنمه.

وأما كونه لا يملكه على رواية؛ فلأن النبي ﷺ قال: « الناسُ شركاءُ في ثلاثٍ : الماء والكَلأ والنار »[5] رواه ابن ماجة والخلال.

وقال عليه السلام[1]: « لا حمى إلا في الأراك »[2].

⇨

(١) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٦٨٥) ص: ٢٥٥ كتاب أحكام الأرضين في إقطاعها ، باب الإقطاع.
والماء العدّ : هو الدائم الذي لا ينقطع.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧١) ٣: ١٧٧ كتاب الخراج، باب في إقطاع الأرضين.

(٤) ذكره القرطبي في تفسيره ١٧: ٢٩٧.

(٥) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٧٢) ٢: ٨٢٦ كتاب الرهون، باب المسلمون شركاء في ثلاث. قال في الزوائد: عبدالله بن خراش قد ضعفه أبو زرعة والبخاري وغيرهما . وقال محمد بن عمار الموصلي : كذاب.

قال: (وما فضل من مائه لزمه بذله لبهائم غيره. وهل يلزمه بذله لزرع غيره؟ على روايتين).

أما كون ما فضل من ماء الشخص[3] يلزمه بذله لبهائم غيره؛ فلما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «منْ منعَ فضلَ الماءِ وفضلَ الكلأ منعهُ اللهُ فضلَ رحمته [يومَ القيامة][4]»[5].

وأما كونه لا يلزمه بذل ذلك لزرع غيره على المذهب؛ فلأن الزرع لا حرمة له.

وأما كونه يلزمه ذلك على رواية؛ فلما روى إياس بن عبد[6] «أن النبي ﷺ نهى عن بيعِ فضلِ الماء»[7]. رواه أبو داود والنسائي والترمذي. وقال: حديث صحيح.

⇨

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٦٦) ٣: ١٧٥ كتاب الخراج، باب في إقطاع الأرضين. ولفظه: «لا حمى في الأراك».

(٣) في هـ: الشجر.

(٤) زيادة من ج.

(٥) أخرجه الشافعي في البيوع، باب فيما نهي عنه من البيوع وأحكام أخر ٢:١٥٣/٥٣٠.

(٦) في هـ: إياس بن عبدالله، وهو تصحيف.

(٧) أخرجه أبو داود في سننه (٣٤٧٨) ٣:٢٧٨ كتاب البيوع، باب في بيع فضل الماء.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٧١) ٣: ٤٩٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في بيع فضل الماء.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٦٢) ٧:٣٠٧ كتاب البيوع، بيع فضل الماء.

فصل [فيما يحصل به الإحياء]

قال المصنف رحمه الله: (وإحياء الأرض أن يحوزها بحائط ، أو يجري لها ماء . وإن حفر بئراً عادية ملك حريمها خمسين ذراعاً . وإن لم تكن عادية فحريمها خمسة وعشرون ذراعاً . وعند القاضي: حريمها قدر مد رشائها من كل جانب . وقيل: قدر ما يحتاج إليه في ترقية مائها . وقيل: إحياء الأرض ما عُدَّ إحياء . وهو: عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها من زرع أو بناء . وقيل: ما يتكرر كل عام ، كالسقي والحرث فليس بإحياء ، وما لا يتكرر فهو إحياء).

أما كون إحياء الأرض أن يحوزها بحائط ، أو يجري لها ماء على المذهب: أما الأول ، فلما روى سمرة أن النبي ﷺ قال: « منْ حَاطَ حَائِطاً على أرضٍ فهيَ له »[1] . رواه أبو داود.

ولأن الحائط حاجز منيع . فكان إحياء ، كبناء الأرض داراً.

وأما الثاني؛ فلأن نفع الأرض بالماء أكثر من إحيائها بحائط.

وأما كون حافر البئر العادِيَة يملك حريمها خمسين ذراعاً ، وكون حريمها إذا لم تكن عادِيَة خمسة وعشرين ذراعاً على المذهب؛ فلما روى سعيد بن المسيب أنه قال: « السنة في حريم القليب العادي خمسون ذراعاً ، والبدئ[2] خمسة وعشرون ذراعاً »[3] . رواه أبو عبيد في الأموال.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧٧) ٣: ١٧٩ كتاب الخراج، باب في إحياء الموات.

(٢) معناه البئر الجديدة المبتدأة.

(٣) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٧١٩) ص: ٢٦٩ بلفظ: « حريم البئر البدئ خمس وعشرون ذراعاً من نواحيها كلها ... وحريم البئر العادية لخمسون ذراعاً من نواحيها كلها » كتاب أحكام الأرضين في إقطاعها ، باب إحياء الأرضين واحتجارها والدخول على من أحياها. وأخرجه أيضاً عن يحيى بن سعيد مثل لفظ المؤلف (٧٢٢).

وروي عن النبي ﷺ نحوه رواه الخلال والدارقطني[1].

وأما كون حريم البئر قدر مد رشائها من كل جانب عند القاضي؛ فلأن ذلك ثبت لدفع الضرر . فَقُدِّر بمد الرِّشاء من كل جانب؛ لأن الحاجة تندفع به دون غيره.

وأما كون إحياء الأرض ما عد إحياء على قول؛ فلأن النبي ﷺ أطلق الإحياء ولم يبين صفته . فوجب أن يحمل على العرف ، كالحِرْز والقبض.

وأما قول المصنف: وهو عمارتها بما تتهيأ به لما يراد منها من زرعٍ أو بناءٍ ؛ فبيان لما يُعد إحياء في العرف.

فعلى هذا إذا أرادها للزرع كفاه تحويطُها بتراب أو غيره مما تتميز به عن غيرها، وبسوق الماء إليها من نهر أو بئر . وإن أرادها لحظيرةٍ كفاه تحويطها بحائط جرت به عادة مثلها . وإن أرادها داراً كفاه التحويط مع التسقيف بما جرت به العادة.

وأما كون ما يتكرر كل عام كالسقي والحرث ليس بإحياء ، وكون ما لا يتكرر إحياءً على قول؛ فلأن ما يتكرر لا إشعار فيه بالإحياء . بخلاف ما لا يتكرر.

قال: (ومن تحجّر مَوَاتاً لم يملكه . وهو أحق به ووارثه بعده ومن ينقله إليه . وليس له بيعه . وقيل: له ذلك . فإن لم يُتم إحياءه قيل له: إما أن تحييه أو تتركه . فإن طلب الإمهال أُمْهل الشهرين والثلاثة . فإن أحياه غيره فهل يملكه ؟ على وجهين).

أما كون من تحجر مَوَاتاً لا يملكه؛ فلأن سبب الملك الإحياء ، ولم يوجد.

وأما كونه أحق به؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «من سبقَ إلى ما لا يَسْبقْ إليه مسلمٌ فهوَ له »[2] رواه أبو داود.

وفي لفظ: «فهوَ أحقُّ به »[1].

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (٦٣) ٤: ٢٢٠ كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت، من حديث أبي هريرة. قال الدارقطني: الصحيح من الحديث أنه مرسل عن ابن المسيب ، ومن أسنده فقد وهم.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٠٥.

وأما كون وارثه أحق به بعده؛ فلقوله عليه السلام: «من تَرَكَ حقاً فلوَرثته»[2].

وأما كون من ينقله إليه أحق به؛ فلأنه بمنزلته.

وأما كونه ليس له بيعه على المذهب؛ فلأنه لم يملكه . فلم يكن له بيعه ، كحق الشفعة.

وأما كونه له ذلك على قول؛ فلأنه صار أحق به.

وأما كونه يقال لمن لم يُتم الإحياء: إما أن تحييه أو تتركه؛ فلأن في تركه على حاله تضييقاً على المسلمين في حقٍّ مشترك، . فلم يمكن[3] منه ، كالوقوف في طريق ضيق.

وأما كون طالب الإمهال يمهل الشهرين والثلاثة؛ فلأنه ربما أخّره لعذرٍ والظاهر زواله في مثل تلك المدة.

وأما كون غيره يملكه إذا أحياه على وجهٍ؛ فلعموم قوله ﷺ: «من أحيا أرضاً ميتةً ملكَها»[4].

ولأن الإحياء يُملك به وفاقاً . فقدم على التحجر المختلف في ثبوت الملك به.

وأما كونه لا يملكه على وجه؛ فلأن مفهوم قوله عليه السلام: «منْ سبقَ إلى ما لم يَسبقْ إليه مسلم»[5] يدل عليه.

ولأن المتحجر أسبق . فكان أولى ، كحق الشفيع مع المشتري.

⇨

(١) سبق تخريجه ص: ١٠٥.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٦٨) ٢: ٨٤٥ كتاب الاستقراض، باب الصلاة على من ترك دَيناً. عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: «من ترك مالاً فلورثته».
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩) ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته . مثله.

(٣) في أ و هـ : يكن .

(٤) لم أقف عليه بهذا اللفظ . وقد سبق تخريج حديث بنحوٍ منه ص: ١٠٢.

(٥) سبق تخريجه ص: ١٠٥.

فصل [في الإقطاع]

قال المصنف رحمه الله: (وللإمام إقطاع مَوَات لمن يحييه . ولا يملكه بالإقطاع بل يصير كالمتحجر الشارع في الإحياء).

أما كون الإمام له إقطاع مَوَات لمن يحييه؛ فلما روى وائل بن حجر « أن رسول الله ﷺ أقطعه أرضاً فأرسل إلى معاوية أن أعطه إياه أو أعلمها إياه »[(1)] . حديث صحيح.

و « أقطع بلالَ بن الحارث المزني »[(2)] ، و « أبيضَ بنَ حمّال المازني »[(3)] ، و « الزبيرَ حُضْرَ فَرَسه »[(4)] رواه أبو داود.

وأقطع أبو بكر وعمر وعثمان أصحاب رسول الله ﷺ[(5)] .

وأما كون من أقطع له ذلك لا يملكه بالإقطاع؛ فـ « لأن النبي ﷺ أقطعَ بلال بن الحارثِ العقيق . فاسترجعَ منه عمرُ ما عجزَ عن إحيائِه »[(6)] . ولو ملكه لم يجز استرجاعه.

وأما كونه يصير كالمتحجّر الشارعِ في الإحياء؛ فلأنه ترجح بالإقطاع على غيره . فوجب أن يصير كمن ذكر؛ لاشتراكهما في الترجح على الغير.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٥٨) ٣: ١٧٣ كتاب الخراج، باب في إقطاع الأرضين.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٨١) ٣: ٦٦٥ كتاب الأحكام، باب ما جاء في القطائع.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٦١) ٣: ١٧٣ الموضع السابق.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٦٤) ٣: ١٧٤ الموضع السابق.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٨٠) ٣: ٦٦٤ الموضع السابق. قال الترمذي: حديث غريب.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٠٧٢) ٣: ١٧٧ الموضع السابق. حضر فرسه: أي قدر ما تعدو عدوة واحدة ، ونصبه على تقدير المضاف ، أي قدر حضر فرسه.

(٥) ر الأموال ص: ٢٥٦-٢٥٧.

(٦) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٧١٣) ص: ٢٦٧ كتاب أحكام الأرضين، باب إحياء الأرضين واحتجارها والدخول على من أحياها.

قال: (وله إقطاع الجلوس في الطرق الواسعة، ورحاب المساجد ما لم يضيّق على الناس. ولا يُملك ذلك بالإحياء. ويكون المُقْطَعُ أحق بالجلوس فيها. فإن لم يقطعها فلمن سبق الجلوس فيها. ويكون أحق بها ما لم ينقل قُماشه[1] عنها. فإن أطال الجلوس فيها فهل يزال؟ على وجهين).

أما كون الإمام له إقطاع ما ذُكر ما لم يضيّق على الناس؛ فلأن ذلك يباح الجلوس فيه، والانتفاع به. فجاز للإمام إقطاعه، كالأرض الميتة.

وقول المصنف رحمه الله: ما لم يضيق على الناس؛ مشعرٌ بأنه ليس له ذلك إذا ضيّق على الناس. وهو صحيح؛ لأن فيه مضرةٌ على الناس. وليس للإمام أن يأذن فيما لا مصلحة فيه. فضلاً عمّا فيه مضرة.

وأما كون المقطع لا يملك ذلك بالإحياء؛ فلما ذُكر في إقطاع الأرض.

وأما كون من سبق له[2] الجلوس إذا لم يقطعها الإمام؛ فلاتفاق أهل الأمصار في جميع الأعصار[3] على إقرار الناس على ذلك من غير إنكار.

ولأنه ارتفاق بمباحٍ من غير إضرارٍ فلم يمنع منه كالإحياء.

وأما كونه أحق بها من غيره ما لم ينقل قُماشَه عنها؛ فلأنه سبق إلى شيء مباح. أشبه من سبق إلى ماءٍ أو كلأٍ. وقد قال النبي ﷺ: «مِنَى مُناخُ مَنْ سَبَق»[4].

وقول المصنف رحمه الله: ما لم ينقل قُماشَه عنها؛ مشعرٌ بأنه إذا نقل قُماشه عنها كان للغير الجلوس فيها. وصرح به في المغني؛ لأن صاحب القُماش زالت يده برفع قُماشه. بخلاف ما لو أقام ولم يرفع قُماشه فإنه لا يكون للغير الجلوس فيها؛ لأن الأول لم تزل يده.

وأما كون قُماشه يُزال إذا أطال الجلوس فيها على وجهٍ؛ فلأنه يصير كالمتملك، وتملكه لا يجوز.

---

(١) قماش البيت: متاعُه. مختار الصحاح، مادة قمش.

(٢) في أ: إلى.

(٣) سقطت جملة: في جميع الأعصار من هـ.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٥: ١٣٩ كتاب الحج، باب النزول بمنى.

وأما كونه لا يزال على وجهٍ؛ فلأنه قد سبقت يده . فلم يمنع من الاستدامة ، كالابتداء.

قال: (فإن سبق اثنان أُقرع بينهما . وقيل: يقدم الإمامُ من يرى منهما).

أما كون من ذكر يقرع بينهما على الأول؛ فلأهما استويا في السبق ، والقرعة مميزة في كثيرٍ من المواضع . فليكن هاهنا كذلك.

وأما كونه يقدم الإمام من يرى منهما على الثاني؛ فلأنه أعلم بالمصلحة في ذلك.

قال: (ومن سبق إلى معدن فهو أحق بما ينال منه ، وهل يمنع إذا طال[1] مقامه ؟ على وجهين).

أما كون من سبق إلى معدن أحق بما ينال منه؛ فلقوله عليه السلام: «منْ سبقَ إلى ما لم يسبقْ إليه أحد فهو أحقّ به »[2].

[وأما كونه يمنع إذا طال مقامه ففيه وجهان وجههما ما تقدم في الجلوس في الطريق.

قال: (ومن سبق إلى مباح ، كصيد ، وعنبر ، وحطب ، وثمر ، وما ينبذه الناس رغبة عنه : فهو أحق به . وإن سبق إليه اثنان قسم بينهما).

أما كون من سبق إلى شيء مما ذكر أحق به من غيره؛ فلما تقدم من قوله عليه السلام: «من سبقَ إلى ما لم يسبقْ إليه أحد فهو أحقُ به][3] »[4].

وأما كون المسبوق إليه يقسم بين الاثنين إذا سبقا[5] إليه؛ فلأهما استويا في السبب، والقسمة ممكنة . بخلاف ما إذا سبقا إلى مكان ضيّق يقصدان الجلوس فيه.

---

(١) في هـ: أطال.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٠٥.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) سبق تخريجه ص: ١٠٥.

(٥) في هـ: استبقا.

قال: (وإذا كان الماء في نهر غير مملوك، كمياه الأمطار: فلمن في أعلاه أن يسقي ويحبس الماء حتى يصل إلى كعبه. ثم يرسل إلى من يليه. فإن أراد إنسان إحياء أرض بسقيها منه جاز ما لم يضر بأهل الأرض الشاربة منه).

أما كون الأعلى له السقي وحبس[1] الماء حتى يبلغ الكعب، فلما روى عبادة «أن رسول الله ﷺ قضى من شربَ من نهرٍ من مسيلٍ أن الأعلى يسقي قبل الأسفل»[2]. رواه ابن ماجة بمعناه.

وعن عبدالله بن بكر بن حزم أنه بلغه «أن رسول الله ﷺ قال في سيل مَهْزُورٍ ومُذَيْنِبٍ: يُمْسكُ حتى الكعبينِ ثم يُرسلُ الأعلى على الأسْفل»[3]. رواه مالك في موطئه.

قال ابن عبد البر: هذا حديث مدني مشهور عند أهل المدينة معمولٌ به عندهم.

قال عبدالملك بن حبيب: مهزورٍ ومذينبٍ واديان من أودية المدينة يسيلان من المطر، ويتنافس أهل الحوائط في سيلهما.

وأما كون من أراد إحياء أرض بسقيها من ذلك يجوز ما لم يضر بأهل الأرض الشاربة منه؛ فلأنه مباحٌ لا ضرر على غيره. فجاز له ذلك، كما لو سبق.

وقول المصنف رحمه الله: ما لم يضر ... إلى آخره ؛ مشعرٌ بأنه إذا كان ذلك يضر بأهل الأرض المذكورة لا يجوز وهو صحيح؛ لقوله عليه السلام: «لا ضرر ولا ضرار[4]»[5]. [رواه ابن ماجة والدارقطني][1].

---

(١) في هـ: ويحبس.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٨٣) ٢: ٨٣٠ كتاب الرهون، باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء. قال في الزوائد: في إسناده إسحاق بن يحيى، قال ابن عدي: يروي عن عبادة و لم يدركه. وكذا قال غيره.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٢٨) ٢: ٥٧٠ كتاب الأقضية، باب القضاء في المياه.

(٤) في هـ: إضرار.

(٥) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٤١) ٢: ٧٨٤ كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره.
وأخرجه مالك في الموطأ (٣١) ٢: ٥٧١ كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق.
وأخرجه الدارقطني في سننه (٨٣) ٤: ٢٢٧ كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك، في المرأة تقتل إذا ارتدت. وفي (٨٥) ٤: ٢٢٨ بلفظ: «لا ضرر ولا إضرار».

قال: (وللإمام أن يحمي أرضاً من الموات ترعى فيها دواب المسلمين التي يقوم بحفظها ما لم يضيّق على الناس وليس ذلك لغيره).

أما كون الإمام له أن يحمي ما ذكر؛ فلما روي أن عمر قال: «حمى النبي ﷺ النقيع لخيل المسلمين»[2]. رواه أبو عبيد.

والإمام قائم مقامه.

ولأن عمر وعثمان فعلا الحمى، واشتهر ذلك في الصحابة فلم ينكر فكان كالإجماع.

ولأن في ذلك مصلحة فجاز للإمام فعلها كسائر المصالح، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «ما أَطعمَ اللهُ لنبي طُعمةً إلا جَعلهَا لمن بَعدَه»[3].

وقول المصنف رحمه الله: ما لم يضيّق على الناس ؛ مشعرٌ بأنه إذا كان يضيق على الناس ليس للإمام ذلك . وهو صحيح؛ لأن الجاهلية كانوا يحمون لأنفسهم، ويرعون مع العامة فيما سواه . فنهى النبي ﷺ عن ذلك؛ لما فيه من التضييق على الناس فقال: «لا حِمَى إلاّ للهِ ولِرَسُوله»[4] رواه أبو داود.

وأما كون غير الإمام ليس له ذلك؛ فلأن الإمام إنما جاز له ذلك لما تقدم ذكره وذلك مفقود في غيره.

قال: (وما حماه النبي ﷺ فليس لأحد نقضه . وما حماه غيره من الأئمة فهل يجوز نقضه ؟ على وجهين).

أما كون ما حماه النبي ﷺ ليس لأحد نقضه؛ فلأن حماه حكمٌ منه، وحكمه نص . فلم يجز نقضه بالاجتهاد ، كسائر أحكامه ﷺ[5].

⇨

(١) زيادة من ج.

(٢) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٧٤٠) ص: ٢٧٤ كتاب أحكام الأرضين، باب حمى الأرض ذات الكلأ. عن ابن عمر.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٧٣) ٣: ١٤٤ كتاب الخراج، باب في صفايا رسول الله ﷺ من الأموال. وأخرجه أحمد في مسنده (١٤) ١: ٤ كلاهما بمعناه.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٤١) ٢: ٨٣٥ كتاب المساقاة، باب لا حمى إلا لله ولرسوله ﷺ. وأخرجه أبو داود في سننه (٣٠٨٣) ٣: ١٨٠ كتاب الخراج، باب في الأرض يحميها الإمام أو الرجل.

(٥) زيادة من ج.

وأما كون ما حماه غير النبي ﷺ من الأئمة هل يجوز نقضه ؟ فيه وجهان؛ فلأن المعنى المذكور قبل يقتضي النقض ، ولأن لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد يقتضي عدمه.

قال المصنف في الكافي: والأول أولى ، لأن الاجتهاد كان في تلك المدة دون غيرها، ولهذا ملك الحامي لها تغييرها.

باب الجُعالة

والأصل فيها قوله تعالى: ﴿ولِمَنْ جاء به حِمْلُ بعير وأنا به زَعيم﴾ [يوسف:٧٢] . وروى أبو سعيد الخدري «أَنّ ناساً من أصحاب رسول الله ﷺ أتوا حَيّاً من أحياءِ العربِ فلم يَقرُوهم . فبينما هم كذلك إذْ لُدغَ سيدُ أولئك . فقال: هل فيكمْ مَن رَاقٍ ؟ فقالوا: لم تَقرُونا فلا نفعل أو تجعلوا لنا جُعلاً . فجعلوا لهم قطيع شياه . فجعل رَجلٌ يقرأ بأم الكتاب ويجمعُ بُزاقَهُ ويتفُل فبَرأَ الرجل فأتوا بالشاءِ ، فقالوا: لا نأخذها حتى نسأَلَ رسولَ الله ﷺ. فسألوا عنها النبي[1] ﷺ. فقال: وما أدراكَ أنها رقيةٌ . خذوها واضربوا لي معكمْ بِسهَم »[2] متفق عليه.

ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك في رد الضالة ونحوها فجازت كالإجارة.

قال المصنف رحمه الله: (وهي أن يقول: من ردّ عبدي[3] أو لقطتي، أو بنى لي هذا الحائط فله كذا : فمن فعله بعد أن بلغه الجعل استحقه . وإن فعله جماعة فهو بينهم . ومن فعله قبل ذلك لم يستحقه سواء ردّه قبل بلوغ الجعل أو بعده).

أما قول المصنف رحمه الله: وهي أن يقول: من رد عبدي أو لقطتي أو بنى لي هذا الحائط فله كذا ؛ فبيان لمعنى الجُعالة.

وأما كون من فعل ذلك بعد بلوغه الجعل يستحقه؛ فلأن العقد استقر بتمام العمل . فاستحق الجعل ، كالربح في المضاربة.

وأما كون الجعل بين الجماعة الفاعلين لذلك؛ فلأن ذلك مستحق بالعمل، وهو مشترك بين الجماعة . فكذلك ما يستحق به.

---

(١) في هـ: للنبي.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٤٠٤) ٥: ٢١٦٦ كتاب الطب، باب الرقى بفاتحة الكتاب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٢٠١) ٤: ١٧٢٧ كتاب السلام، باب جواز أخذ الأجرة على الرقية بالقرآن والأذكار.

(٣) في هـ: العبد.

وأما كون من فعل ذلك قبل بلوغه الجعل لا يستحقه؛ فلأن فعله وقع غير مأذون فيه . فلم يستحق الجعل ، كما لو لم يبلغه.

ولأن الجعل عوض عن مجموع فعله وردّه ، وقد وجد الفعل قبل الجعل.

ولأنه بذل منافعه بغير عوضٍ جُعِلَ له . فيكون عاملاً في مال غيره بغير إذنه . فلم يستحق شيئاً؛ لما يذكر في موضعه.

وأما كونه لا يستحقه سواء رده قبل بلوغ الجعل أو بعده؛ فلما تقدم من أن الجعل بدل عن الفعل والرد، والفعل فائت في الرد قبل البلوغ كما هو فائت في الرد بعده.

قال: (وتصح على مدة مجهولة وعمل مجهول إذا كان العوضُ معلوماً).

أما كون الجُعالة تصح على مدة مجهولة ، وعمل مجهول إذا كان العوض معلوماً؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولِمَنْ جاء به حِمْلُ بعير﴾ [يوسف:٧٢]، ولم يذكر المدة ولا العمل.

ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك . فجاز مع الجهالة ، كالمضاربة.

وأما قول المصنف رحمه الله: إذا كان العوض معلوماً ؛ فمشعرٌ بأنه لا تصح الجُعالة إذا كان العوض مجهولاً وهو صحيح؛ لأنه يجب تسليم العوض ، وذلك متعذرٌ في المجهول.

قال: (وهي عقد جائز لكل واحد منهما فسخها . فمتى فسخها العامل لم يستحق شيئاً . وإن فسخها الجاعل بعد الشروع فعليه للعامل أجرة عمله . وإن اختلفا في أصل الجعل أو قدره فالقول قول الجاعل).

أما كون الجعالة عقداً جائزاً؛ فلأنها عقدٌ يجوز على مجهولٍ . فكانت جائزةً ، كالمضاربة.

وأما كون كل واحدٍ من الجاعل ، والمجعول له : له فسخها؛ فلأن ذلك شأن كل عقد جائز.

وأماً كون العامل لا يستحق شيئاً إذا فسخ الجعالة؛ فلأنه إنما يستحق الجعل بعد الفراغ من عمله ، ولم يحصل.

وأما كون الجاعل عليه أجرة عمل العامل إذا فسخها بعد الشروع؛ فلأنه إنما عمل بعوضٍ ، ولم يسلم له بسببٍ من جهة غيره . فوجب على الجاعل أجرة عمله ، كما لو فسخ المضاربة بعد الشروع في العمل.

وأما كون القول قول الجاعل إذا اختلفا في أصل الجعل أو قدره؛ فلأنه منكرٌ والأصل يعضده.

قال: (ومن عمل لغيره عملاً بغير جُعْل فلا شيء له . إلا في ردّ الآبق فإن له في الشرع ديناراً أو اثني عشر درهماً . وعنه: إن ردّه من خارج المصر فله أربعون درهماً).

أما كون من عمل لغيره عملاً بغير جُعْل في غير ردّ الآبق لا شيء له؛ فلأنه بذل نفعه من غير جُعل . أشبه ما لو نوى التبرع به.

وأما كونه له في ردّ الآبق شيء بالشرع ، فـ « لأن النبي ﷺ جعل في الآبقِ إذا جاء به خارجاً من الحرم ديناراً »[1].

ولأنه قول علي وعمر وابن عمر وابنِ مسعود، ولم يعرف لهم مخالفٌ . فكان إجماعاً.

وعن أحمد: لا شيء لمن ردّه؛ لأنه عمل في ملك غيره عملاً بغير إذنه . فلم يستحق شيئاً ، كما لو ردّ جمله.

والأول أصح ، لما تقدم ذكره.

ولأن في استحقاق الجعل في ردّ الآبق من غير شرط حثاً على ردّه، وصيانة له عن الرجوع إلى دار الحرب، وارتداده عن دينه. فيجب أن يكون مشروعاً لهذه المصلحة. وبهذا فارق الجمل الشارد فإنه لا يفضي إلى ذلك.

فعلى هذه إن ردّه من داخل المصرِ فله دينار أو اثني عشر درهماً: أما الأول؛ فلأنه يروى عن ابن مسعود. وأما الثاني؛ فلأن الدينار مقدر في الشرع بذلك في كثير من المواضع . فليكن كذلك هاهنا.

وإن ردّه من خارج المصر ففيه روايتان:

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٠٠ كتاب اللقطة، باب الجعالة.

إحداهما: أنه له ديناراً أو اثني عشر درهماً: أما الأول ، فلما تقدم من الحديث.

وأما الثاني[١]؛ فلأنها بدل عنه لما تقدم.

وثانيهما: أن له أربعين درهماً؛ لما روى أبو عمرو الشيباني قال: « قلت لعبدالله بن مسعود: إني أصبتُ عبيداً أباقاً فقال: لكَ أجرٌ وغنيمة. فقلتُ: هذا الأجر فما الغنيمة ؟ فقال: من كل رأس أربعينَ درهماً »[٢].

وقال أبو إسحاق: « أُعْطِيتُ الجعل في زمن عمر أربعين درهماً » . وهذا يدل على أنه مستفيض بين أهل العصر الأول. واختار هذه الرواية الخلال، وقال: حديث عبدالله بن مسعود أصح إسناداً.

قال: (ويأخذ منه[٣] ما أنفق عليه في قوته وإن هرب منه في طريقه ، فإن مات السيد استحق ذلك في تركته).

أما كون الرّاد يأخذ ما أنفقه على الآبق في قوته؛ فلأنه مأذون له في الإنفاق من جهة الشرع لحرمة النفس. وبهذا فارق من قضى دين غيره بغير إذنه حيث وقع فيه خلاف . بخلاف الآبق.

وأما قول المصنف رحمه الله: وإن هرب منه[٤] في طريقه ؛ ففيه تنبيهٌ على أن الهرب لا يسقط النفقة؛ لأنها وقعت مأذوناً فيها شرعاً وقد وُجدت فاستحق الرجوع بها ، كما لو أذن مالكه في الإنفاق عليه ثم هرب. وفيه إشعارٌ بأن الجعل لا يُستحق إلا[٥] بالرد سواء كان ذلك متاعاً وجده ثم ضاع، أو عبداً وجده ثم هرب لكونه ذكر ذلك في النفقة دون الجعل. وصرح بذلك في المغني. وعلل عدم الاستحقاق في العبد: بأن الجعل مرتبٌ على الرد؛ لأن القائل يقول: من ردّ عبدي.

ثم قال: فإن قيل: أليس الجعل في اللقطة معلقاً على مجرد الوجدان ، كقوله: من وجد لقطتي فله دينار ؟

---

(١) سقط لفظي: وأما الثاني من هـ.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٤٩١١) ٨: ٢٠٨ كتاب البيوع، باب الجعل في الآبق.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٠٠ كتاب اللقطة، باب الجعالة.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) مثل السابق.

(٥) مثل السابق.

[قيل: قرينة الحال تدل على اشتراط الرّد ، إذ المقصود الرّد لا نفس الوجدان][1]. وإنما اكتفى بذكر الوجدان؛ لأنه سبب الرّد.

وأما كون الرّاد يستحق ما تقدم ذكره في تركة السيد إذا مات؛ فلأن ذلك وجب له . فكان له في تركة السيد ، كسائر الحقوق الثابتة عليه.

(١) ساقط من أ.

باب اللقطة

قال الخليل: اللُّقطة بفتح القاف : اسم للملتقط ، كالضُّحَكة ، والهُزَأة ، والهُمَزة ، واللمزة ، وبالسكون : اسم للمال الملقوط كَالضُّحْكة الذي يُضحك منه، والهُزْأة الذي يُهزَأ به.

وقال[1] الأصمعي وابن الأعرابي والفراء: هي بفتح القاف اسم للمال أيضاً.

والأصل فيها ما روى زيد بن خالد الجهني قال: « سُئل رسول الله ﷺ عن لقطة الذهب والورق . فقال: اعرف وِكَاءَهَا وعفَاصَهَا ثم عَرِّفْهَا سنة. فإن لم تعرف فاسْتَنْفقْهَا. ولتكن وَديعةً عندك. فإذا جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه. وسُئل عن ضَالة الإبل فقال: مالكَ ولها دعها فإن معها حذاءَهَا وسقَاءَهَا تَردُ الماءَ وتأكلُ الشجرَ حتى يجدها ربُّها. وسُئل عن الشاة فقال: خذها . فإنما هيَ لَكَ أو لأخيكَ أو للذئب »[2] . متفق عليه.

الوكاء: الخيط الذي يشد به المال.

والعفاص: الوعاء الذي فيه المال.

قال المصنف رحمه الله: (وهي : المال الضائع من ربه . وتنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: ما لا تتبعه الهمّة ، كالسَّوط ، والشِّسْع ، والرغيف : فيملك بأخذه بلا تعريف).

أما قوله رحمه الله: وهي المال الضائع من ربه؛ فبيان لمعنى اللقطة شرعاً.

وأما كونها تنقسم ثلاثة أقسام؛ فلأن منها: ما يملك بلا تعريف ، ومنها: ما لا يملك البتة ، ومنها: ما يملك بالتعريف. وسيأتي بيان ذلك مفصلاً في مواضعه[3].

---

(١) في هـ: قال.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٩٦) ٢: ٨٥٦ كتاب في اللقطة، باب ضالة الغنم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٢) ٣: ١٣٤٩ كتاب اللقطة.

(٣) في هـ: مواضعها.

وأما كون ما لا تتبعه الهمة كالذي مثله المصنف رحمه الله يُملك بأخذه بلا تعريف ، فلما روى جابر قال: « رخصَ لنا رسولُ الله ﷺ في العصا ، والسوطِ ، والحبلِ ، وأشباهه يلتقطُه الرجلَ ينتفعُ به »[1] . رواه أبو داود.

وروي عنه عليه السلام: « أنهُ أصابَ تمرةٍ . فقال: لولا أني أخشَى أن تكونَ صدقةً لأكلتُها »[2] متفق عليه[3].

و « أصاب رجل تمرة . فقال له النبي ﷺ: لو لَمْ تأتِها لأتتْك ». ولم ينكر عليه أكلها.

وأما قوله رحمه الله: كالسَّوْط والشِّسْع والرغيف؛ فبيان لصور من صور ما لا تتبعه الهمّة ، وتُملك بغير تعريف.

قال: (الثاني: الضوال التي تمتنع من صغار السباع ، كالإبل ، والبقر ، والخيل ، والبغال ، والظباء ، والطير ، والفهود ، ونحوها : فلا يجوز التقاطها . ومن أخذها ضمنها . فإن دفعها إلى نائب الإمام زال عنه الضمان).

أما كون الإبل لا يجوز التقاطها؛ فلما تقدم من قوله عليه السلام: « دعها فإن معها حذاءها وسقاءها »[4].

وعن عمر رضي الله عنه: «من أخذَ ضالةً فهوَ ضالّ »[5].

وأما كون البقر لا يجوز التقاطها ، فـــ «لأن جرير بن عبدالله طردَ بقرةً لحقتْ بالبقرِ حتى توارتْ . وقال: سمعتُ رسول الله ﷺ قال: لا يُؤْوِي الضالّةَ إلا ضَالّ »[6]. والحجة فيه: أنه فَهِم من لفظ النبي ﷺ شموله للبقر.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (١٧١٧) ٢: ١٣٨ كتاب اللقطة، باب في الشح.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٩٩) ٢: ٨٥٧ كتاب في اللقطة، باب إذا وجد تمرة في الطريق.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٠٧١) ٢: ٧٥٢ كتاب الزكاة، باب تحريم الزكاة على رسول الله ﷺ ...

(٣) في هـ: رواه ابن ماجة.

(٤) سبق تخريجه ص: ١٢١.

(٥) أخرجه مالك في الموطأ (٥٠) ٢: ٥٨١ كتاب الأقضية، باب القضاء في الضوال.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٩١ كتاب اللقطة، باب ما يجوز له أخذه و ما لا يجوز مما يجده.

(٦) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٢٠) ٢: ١٣٩ كتاب اللقطة، باب في الشح.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٣) ٢: ٨٣٦ كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل والبقر والغنم. ⇦

ولأن البقر لها قوة تمتنع بها عن صغار السباع . فهي كالإبل.

وأما كون باقي الصور لا يجوز التقاطها؛ فلأن فيها قوة تمتنع بها عن صغار السباع . أشبهت الإبل.

ولم يذكر المصنف رحمه الله الحمير وهي ملحقة بذلك عند الأصحاب؛ لأن لها قوة . أشبهت البقر. وصرح في المغني بأنها ملحقة عنده بالشاة. وعلل ذلك: بأن النبي ﷺ قال: «معها حذاءها وسقاءها»[1]. وعلل في الغنم بأنها معرضة لأخذ الذئب إياها، والحمير مساوية للغنم في علتها مفارقة للإبل في علتها؛ لأنها لا صبر لها عن الماء ، وبِقِلَّة صبرها يضرب المثل فيقال: ما بقي من مدته إلا ظِمء حمار.

وأما كَونَ من أخذها يضمنها؛ فلأنه أخذ ملك غيره بغير إذنه، ولا إذن الشرع له . فضمنه ، كالغاصب.

وأما كونه يزول الضمان عنه إذا دفعها إلى نائب الإمام؛ فلأن للإمام نظراً في ضوال الناس . بدليل أن له أخذها.

قال: (الثالث: سائر الأموال ، كالأثمان ، والمتاع ، والغنم ، والفصلان ، والعجاجيل ، والأفلاء : فمن لا يأمن نفسه عليها ليس له أخذها . فإن فعل ضمنها ولم يملكها وإن عرّفها . ومن أمن نفسه عليها وقوي على تعريفها فله أخذها . والأفضل تركها . وعند أبي الخطاب : إن وجدها بمَضْيَعَة فالأفضل أُخذها).

أما كون من لا يأمن نفسه على الأشياء المذكورة ليس له أخذها؛ فلأن في أخذه لها تضييعاً لمال الغير . فحرم ، كإتلافه.

وأما كونه يضمنها إذا فعل ذلك؛ فلأنه متعدٍّ بأخذها[2] . فضمنها ، كالغاصب.

⇨

وأخرجه أحمد في مسنده (١٩١٦٩) ٤: ٣٦٢.

(١) سبق تخريجه ص: ١٢١.

(٢) في هـ: متعذر يأخذها.

وأما كونه لا يملكها وإن عرّفها؛ فلأن السبب المحرم لا يفيد الملك. دليله: السرقة. والتقاط هذه محرم؛ لما تقدم . فلا يستفاد به الملك.

وأما كون من يأمن نفسه عليها ويقوى على تعريفها له أخذها؛ فلأن الشرع أذن له في ذلك؛ لأنه قال عليه السلام مرة: «اعرف عفاصها ووكاءها»[1] وقال في الشاة: «خذها»[2].

ولأن في ذلك حفظاً لمال غيره، فإن لم يكن واجباً فلا أقل من أن يكون جائزاً.

وأما كون الأفضل ترك الالتقاط على المذهب؛ فلأن ذلك قول ابن عباس وابن عمر، ولم يعرف لهما مخالف . فكان إجماعاً.

ولأنه يعرض نفسه لأكل الحرام، وتضييع الواجب من التعريف، وأداء الأمانة فيها . فكان تركه أولى ، كولاية مال اليتيم.

وأما كون الأفضل أخذها عند أبي الخطاب إذا وجدها بمَضْيَعَة؛ فلما فيه من الحفظ المطلوب شرعاً.

قال: (ومتى أخذها . ثم ردّها إلى موضعها ، أو فرّط فيها : ضمنها).

أما كون الآخذ يضمن إذا ردّ بعد الأخذ؛ فلأنها أمانة حصلت في يده . فلزمه حفظها ، كالوديعة، وإذا ردّها فقد ضيّعها.

وأما كونه يضمن إذا فرّط فيها؛ فلأن كل أمانةٍ تُضمن بالتفريط . فكذلك هذه.

قال: (وهي على ثلاثة أضرب:

حيوان، فيتخيّر بين أكله وعليه قيمته ، وبين بيعه وحفظ ثمنه ، وبين حفظه والإنفاق عليه من ماله . وهل يرجع بذلك ؟ على وجهين).

أما قول المصنف رحمه الله: وهي على ؛ فراجع إلى ما تقدم من قوله: الثالث سائر الأموال.

(١) سبق تخريجه ص: ١٢١.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٢١.

وأما كونها على ثلاثة أضرب؛ فلأن منها: حيواناً ، كالشاة ، ومنها: ما يخشى فساده ، كالطبيخ ، ومنها: ما سوى ذلك.

وأما كون الملتقط يتخيّر في الحيوان بين أكله في الحال وعليه قيمته ، وبين بيعه وحفظ ثمنه ، وبين حفظه والإنفاق عليه من ماله : أما الأكل؛ فلأن النبي ﷺ قال: «هي لك أو لأخيك أو للذئب »[1] . جعلها له في الحال ثم سوّى بينه وبين الذئب، والذئب يأكلها، فإذا أكله كان عليه قيمته؛ لأنه إذا كان عليه قيمة ما يضطر إليه إذا أكله . فلأن يكون عليه قيمة[2] ما ذُكر بطريق الأولى.

فعلى هذا يحفظ صفته ويعرّفه عاماً فإذا جاء صاحبه غرمه له.

وأما بيعه وحفظ ثمنه؛ فلأنه إذا كان له أكله فلأن يكون له بيعه بطريق الأولى.

وأما حفظه والإنفاق عليه من ماله؛ فلأن في ذلك حفظه على صاحبه عيناً ومالاً.

وأما كونه يرجع بما أنفقه على الحيوان ناوياً للرجوع بما أنفقه على وجه؛ فلأنه أنفق على اللقطة لحفظها . فكان من مال صاحبها ، كمؤونة تجفيفً الرطب والعنب. وقد روي عن عمر بن عبدالعزيز «أنه قضى فيمن وجدَ ضالةً فأنفقَ عليها وجاءَ ربُها بأنه يغرمُ له ما أنفق »[3].

وأما كونه لا يرجع على وجه؛ فلأنه أنفق على مال غيره بغير إذنه فلم يرجع ، كما لو بنى داره. وفارق ذلك التجفيف من حيث: إن ذلك أحفظ . بخلاف إبقاء الحيوان.

ولأن نفقة التجفيف لا تتكرر ، ونفقة الحيوان تتكرر حتى ربما استغرقت ثمنه.

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٢١.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه بن أبي شيبة في مصنفه (٢١١٣٦) ٤: ٣٧٤ كتاب البيوع، في الرجل يأخذ البعير الضال فينفق عليه.

قال: (الثاني: ما يُخشى فساده. فيتخيّر بين بيعه وأكله. إلا أن يمكن تجفيفه كالعنب فيفعل ما يرى الحظ فيه لمالكه، وغرامة التجفيف منه. وعنه: يبيع اليسير، ويرفع الكثير إلى الحاكم).

أما كون الملتقط يتخير فيما يُخشى فساده، كالطبيخ والبطيخ[1] والتمر الرطب[2] إذا كان لا يمكن تجفيفه. بين بيعه وبين أكله على المذهب: أما البيع؛ فلأن فيه إبقاء لمالية ذلك.

وأما الأكل؛ فلأنه إذا كان له أكل ما لا يتلف بتقدير البقاء فلأن يكون له أكل ما لا يبقى بطريق الأولى.

فعلى هذا إن باعه حفظ ثمنه، وإن أكله غرم قيمته. ولم يصرح المصنف رحمه الله بذلك؛ اكتفاء بما تقدم. إذ هما سواء في المعنى.

وأما كونه يبيع اليسير، ويرفع الكثير إلى الحاكم على رواية؛ فلأن اليسير يتسامح به. بخلاف الكثير.

والأول أولى، لأنه مالٌ أبيحَ له التصرف فيه بالأكل والصدقة. فأبيح له أن يتولى بيع الكثير منه واليسير، كمال نفسه. أو مال أبيح له بيعه عند عدم الحاكم. فجاز عند وجوده، كمال مَوْلِيِّه.

وأما كونه يفعل ما يرى فيه الحظ لمالكه فيما يُخشى فساده ويمكن تجفيفه كالعنب والرطب ونحوهما؛ فلأن ذلك أمانة في يده، وفعل الحظ في الأمانة مُتعين.

فإن قيل: كيف جاز بيع الحيوان دون هذا؟

قيل: لأن في ترك الحيوان ضرراً وهو النفقة عليه، وخيفة موته. بخلاف هذا.

وأما كون غرامة التجفيف منه؛ فلأنه من مصلحته. فكان منه، كما لو كان ذلك ليتيم.

قال: (الثالث: سائر المال فيلزمه حفظه).

أما قول المصنف رحمه الله: سائر المال؛ فيشمل ما عدا ما تقدم ذكره، كالأثمان، والمتاع، وغيرهما.

---

(١) في أ: كالبطيخ والطبيخ.

(٢) في ج: والأثمار الرطبة.

وأما كون الملتقط يلزمه حفظ ذلك؛ فلأنه أمانةٌ في يده . فلزمه حفظه ، كالوديعة.

قال: (ويعرِّف الجميع بالنداء عليه في مجامع الناس ، كالأسواق ، وأبواب المساجد في أوقات الصلوات حولاً كاملاً: من ضاع منه شيء أو نفقة).

أما كون الملتقط يُعَرِّف جميع ما تقدم ذكره بالنداء عليه؛ فلأن النبي ﷺ أمر به زيد بن خالد[1] وأَبي بن كعب[2].

ولأن إيصال اللقطة إلى صاحبها مع القدرة عليه واجبٌ، ولا يتم ذلك إلا بالتعريف، وما لا يتم الواجبُ إلا به واجب.

وأما كون التعريف كما ذكره المصنف[3]؛ فلأنه طريقٌ إلى إيصال الحق إلى مستحقه. وفيه تنبيهٌ على أنه يشتمل على أربعة أضرب: مكانه ، وزمانه ، ومدته ، وكيفيته : أما مكانه فكما ذكر المصنف من الأسواق وأبواب المساجد؛ لأن المقصود إشاعة ذكرها ، وذلك طريق إليه. وقد روي عن عمر رضي الله عنه «أنهُ أمرَ واجدَ اللقطةِ بتعريفها على بابِ المسجد »[4].

وفي قوله رحمه الله: وأبواب المَساجد إشعارٌ بأن التعريف لا يفعل في المسجد ، وإن كان مجمَع الناس؛ لأن المسجد لم يُبْن[5] لذلك. وقد روى أبو هريرة عن النبي

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٢١.

(٢) عن أبي بن كعب رضي الله عنه قال : ((أخذت صرة مائة دينار فأتيت النبي ﷺ فقال : عرفها حولا . فعرفتها حولا . فلم أجد من يعرفها . ثم أتيته . فقال : عرفها حولا . فعرفتها فلم أجد . ثم أتيته ثلاثا . فقال : احفظ وعاءها وعددها ووكاءها . فإن جاء صاحبها ، وإلا فاستمتع بها . فاستمتعت)) .
أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٩٤) ٢: ٨٥٥ كتاب في اللقطة، باب وإذا أخبره رب اللقطة بالعلامة دفع إليه.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٣) ٣: ١٣٥٠ كتاب اللقطة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٤) ٣: ٦٥٨ كتاب الأحكام، باب ما جاء في اللقطة وضالة الإبل والغنم.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٠٤١٦) ٥: ١٢٦.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٨٦٢٠) ١٠: ١٣٦ كتاب اللقطة.

(٥) في هـ: يكن.

ﷺ: «من سمعَ رجلاً ينشدُ ضالةً في المسجد فليقل: لا أدّاها الله إليكَ . فإن المساجدَ لم تُبْنَ لهذا »[1] [رواه مسلم][2].

وأما زمانه فكما ذكره المصنف رحمه الله من أوقات الصلوات . والمعتبر فيه النهار دون الليل؛ لأن النهار مَجْمع الناس وتيقظهم فيه . دون الليل.

وأما مدته فحول كامل؛ لأن النبي ﷺ قال لزيد بن خالد الجهني: « عرفها سنة »[3].

ولأن السَّنَة لا تتأخر عنها القوافل غالباً، وتمضي فيها الأوقات المشتملة على الحر والبرد والاعتدال . فصلحت مدةً ، كمدة أجل العنِّين.

وأما كيفيته ، فكما ذكره المصنف قبلُ.

وقال في المغني: يَذكر جنسها . فيقول: من ضاع منه ذهب أو فضة أو دراهم أو دنانير. ولا يذكر الوصف، فإنه لا يؤمن أن يسمعه أحد فيعرف . ثم يذكره . فيأخذها.

قال: (وأجرة المنادي عليه . وقال أبو الخطاب: ما لا يُملك بالتعريف ، وما يُقصد حفظه لمالكه : يرجع بالأجرة عليه).

أما كون أجرة المنادي على المعرّف على المذهب؛ فلأنه سببٌ لتملكها . فكانت الأجرة عليه ، كما لو اكترى شخصاً يقطع له مباحاً.

وأما كون أجرة ما لا يملك بالتعريف ، وما يُقصد حفظه لمالكه يرجع بها على المالك على قول أبي الخطاب؛ فلأنه من مؤونة إيصالها إليه . فكان على مالكها ، كأجرة مخزنها ورعيها[4] وتجفيفها . ونسب المصنف رحمه الله في المغني ما لا يُملك بالتعريف إلى ابن عقيل ، وما يُقصد تعريفه إلى أبي الخطاب.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٥٦٨) ١: ٣٩٧ كتاب المساجد ومواضع الصلاة، باب النهي عن نشد الضالة في المسجد وما يقوله من سمع الناشد.
وأخرجه أبو داود في سننه (٤٧٣) ١٢٨:١ كتاب الصلاة، باب في كراهية إنشاد الضالة في المسجد.

(٢) زيادة من ج.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٢١.

(٤) في هـ: وراعيها.

قال: (فإن لم يُعرف دخل في ملكه بعد الحول حكماً ، كالميراث . وعند أبي الخطاب: لا يملكه حتى يختار ذلك . وعن أحمد : لا يَملك إلا[1] الأثمان . وهي ظاهر المذهب . وهل له الصدقة بغيرها ؟ على روايتين . وعنه: لا تملك لقطة الحرم بحال).

أما كون ما لم يُعرف يدخل في ملك الملتقط بعد الحول حكماً ، كالميراث على الأول؛ فلأن النبي ﷺ حكم بكونها له فقال في حديث زيد بن خالد: «فإن لم تعرفْ فاستنفقْها »[2].

وفي لفظ: «فهي كسبيلِ مالِك »[3].

وفي لفظ: «فانتفعْ بها » .

وفي لفظ: «فشأنَكَ بها »[4].

وأما كونه لا يملك ذلك عند أبي الخطاب حتى يختار ذلك[5]؛ فلأنه يملك بعوض . فلم يحصل إلا باختيار المتملك ، كالبيع.

وأما كونه لا يَملك إلا الأثمان في ظاهر المذهب؛ فلأنه يروى عن ابن عمر وابن عباس وابن مسعود.

ولأنها لقطة لا تُملك في الحرم . فلا تملك في غيره ، كالإبل.

ولأن الخبر ورد في الأثمان ، وغيرها لا يساويها ، لعدم الغرض المتعلق بعينها . فمثلها يقوم مقامها من كل وجه . بخلاف غيرها.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله في قوله: فإن لم يعرف دخل في ملكه أن العروض تُملك كالأثمان؛ لأنه عمّم . ثم ذكر عن أحمد رواية: أنها لا تملك. وقد رجح الأول في المغني؛ لأنه ذكر نحواً مما تقدم. ثم قال: ولنا عموم الأحاديث في

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٢١.

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٦) ٢: ٨٣٧ كتاب اللقطة، باب اللقطة.

(٤) سيأتي ذكره قريباً.

(٥) في هـ: يختاره.

اللقطة جميعها « فإن النبي ﷺ سئل عن اللقطة فقال: عرِّفهَا سنةً -ثم قال في آخره:- فانتفعْ بها أو فشأنكَ بها »[1].

وفي حديث عياض: « منْ وَجَدَ لُقطَةً »[2] . وهو عام[3].

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: « أتى رجلٌ رسول الله ﷺ قال: يا رسول الله ! كيف ترى في متاعٍ يوجد في الطريق الميتاء ، أو قرية مسكونة ؟ فقال: عرّفه سنةً . فإن جاء صاحبه ، وإلا فشأنكَ به »[4] رواه الأثرم والجوزجاني.

ورويا « أن سفيانَ بن عبدالله وجد عَيْبَةً فأتى بها عمر بن الخطاب . فقال : عرِّفهَا سنة . فإن عُرِفَتْ وإلا فهيَ لك . زاد الجوزجاني: فلم تُعرفْ . فلقيَهُ بها في العام[5] المقبل فذكرها له. فقال عمر : هيَ لكَ . إن رسول الله ﷺ أمرَنا بذلك »[6].

ولأن ما جاز التقاطه يُملك[7] بالتعريف ، كالأثمان.

وأما كون الملتقط له الصدقة بالملتقَط الذي لا يُملك على رواية؛ فلما روي عن ابن مسعود « أنه اشترى جاريةً . فذهبَ صاحبها . فجعلَ يتصدقُ بالثمنِ ويقولُ : لصاحبها . فإن أبى قبلنَا ، وعلينا الثمن. ثم قال: هكذَا يُصنعُ باللقطة »[8].

ولأن الإنسان ينتفع بماله تارة لمعاشه ، وتارة لمعاده . فإذا تعذّر المعاشُ انصرف إلى المعاد.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٤٣) ٢: ٨٣٦ كتاب المساقاة ، باب شرب الناس والدواب من الأنهار.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٢) ٣: ١٣٤٧ كتاب اللقطة.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٠٩) ٢: ١٣٦ كتاب اللقطة، باب في الشح.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٥) ٢: ٨٣٧ كتاب اللقطة، باب اللقطة.

(٣) في ج: وهو لفظ عام.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (١٧١٠) ٢: ١٣٦ كتاب اللقطة، باب في الشح.
وأخرجه النسائي في سننه (٢٤٩٤) ٥: ٤٤ كتاب الزكاة، باب المعدن.

(٥) في هـ: بها العامل.

(٦) أخرجه الدارمي في سننه (٢٥٩٥) ٢: ١٨٢ كتاب البيوع، باب في اللقطة.

(٧) في هـ : ملك.

(٨) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٨٦٣١) ١٠: ١٣٩ كتاب اللقطة.

ولا بد أن يُلحظ في هذه : الضمان إذا جاء طالبها ، كالأموال التي في يده لا يعلم مالكها، وحديث ابن مسعود يدل عليه.

وأما كونه ليس له ذلك على رواية؛ فلأنه تصرّف في مال الغير بغير إذنه.

قال المصنف في المغني: هذا قولٌ قديمٌ رَجع عنه.

وأما كون لقطة الحرم لا تملك على روايةٍ؛ فـــ « لأن النبي ﷺ قال في مكة: لا تَحِلُ ساقطتُها إلا لُمنشد »[1] متفق عليه.

قال أبو عبيدة: المُنشد: المعرّف ، والناشد: الطالبُ . فيكون معناه: لا تحل لقطة مكة إلا لمن يعرّفها؛ لأَنها خُصّت بهذا من بين سائر البلدان.

وعن النبي ﷺ «أنه نَهى عن لُقطةِ الحاجّ »[2] رواه مسلم.

قال ابن وهب: يعني يتركها حتى يجدها صاحبها.

والأول أصح ، لما تقدم من عموم الأحاديث.

ولأنه أحد الحرمين . أشبه حرم المدينة.

ولأنها أمانة . فلا يختلف حكمها بالحل والحرم ، كالوديعة.

وقوله عليه السلام: « إلا لمنشد »[3] يحتمل أنه يريد إلا لمن عرّفها عاماً. وتخصيصها بذلك لتأكيدها لا لتخصيصها ، كقوله عليه السلام: « ضالةُ المسلمِ حَرقُ النَارِ »[4]، وضالة الذمي تُقاس عليها.

ولأن في ذكر ذلك فائدة هي مفقودة في غير مكة وذلك أنه ربما تُوُهّم أنه لا فائدة في تعريف لقطةِ مكة من حيث إن الناس يتفرّقون شرقاً وغرباً . فنص على التعريف قطعاً لذلك.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٠٢) ٢: ٨٥٧ كتاب في اللقطة، باب كيف تعرف لقطة أهل مكة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٥٥) ٢: ٩٨٨ كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها...

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٧٢٤) ٣: ١٣٥١ كتاب اللقطة، باب في لقطة الحاج.
وأخرجه أبو داود في سننه (١٧١٩) ٢:١٣٩ كتاب اللقطة، باب في الشح.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٦١٠٠) ٣: ٤٩٩.

(٣) سبق تخريجه قريباً.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٢) ٢: ٨٣٦ كتاب اللقطة، باب ضالة الإبل والبقر والغنم.

والقول بأن التعريف مطلقاً مرجوحٌ بالنسبة إلى تعريف السنة ، لأن اللفظ وإن كان مطلقاً هنا فهو مقيدٌ في بقية الأحاديث.

والقول بأن المنشد: الطالب إن[1] لم يُمنع فهو مرجوحٌ بالنسبة إلى استعماله بمعنى المعرف[2].

(١) ساقط من هـ.

(٢) في ج: استعمالها بمعنى العرف.

فصل [في التصرف باللقطة]

قال المصنف رحمه الله: (**ولا يجوز له التصرّف في اللقطة حتى يَعْرِف وعاءها، ووكاءها، وقَدْرها، وجنسها، وصفتها**).

أما كون الملتقط لا يجوز له التصرف في اللقطة حتى يعرف وعاءها، ووكاءها، وقدرها؛ فلأن النبي ﷺ أمر بذلك كله فقال لزيد بن خالد: « اعرف وِكاءَهَا وعِفَاصَهَا »[1]، وفي حديث أبي بن كعب: « اعرف وعاءَهَا ووكاءَهَا وعدَدَهَا »[2].

وأما كونه لا يجوز له التصرف حتى يعرف جنسها وصفتها؛ فلأنه إذا تصرّف فيها انعدمت عينها. فإذا لم يعرف جنسها وصفتها لم يبق سبيلٌ إلى معرفتها.

قال: (**ويستحب ذلك عند وجدانها، والإشهاد عليها**).

أما كونه يستحب معرفة ذلك عند وجدان اللقطة؛ فلأن فيه تحصيلاً للعلم بذلك. فإذا جاء صاحبها فوصفها غلب على ظنه صدقه. فيجوز دفعها إليه.

وأما كونه يستحب الإشهاد عليها؛ فلأن النبي ﷺ قال: « منْ وجدَ لقطةً فليشهدْ ذَوَيْ عَدل »[3] رواه أبو داود [والنسائي وابن ماجة][4].

فإن قيل: هذا أمرٌ، وظاهر الأمرِ الوجوب.

قيل: مُسَلَّم. إلا أنه يُحمل على الاستحباب إذا دلّ عليه الدليل، وقد وُجد

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٢١.

(٢) سبق تخريجه ص: ١٢٧.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٠٩) ٢: ١٣٦ كتاب اللقطة، باب في الشح.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٠٥) ٢: ٨٣٧ كتاب اللقطة، باب اللقطة. ولم أره في النسائي.

(٤) زيادة من ج.

هنا؛ لأن النبي ﷺ أمر زيد بن خالد[1] وأبي بن كعب[2] بالتعريف دون الإشهاد. فلو وجب الإشهاد لذكره[3] . لا سيما وقد سُئل عن حكم اللقطة.

ولأنه أخذ على وجهِ الأمانة .فلا يفتقرُ إلى الإشهاد ، كالوديعة.

قال: (فمتى جاء طالبها . فوصفها : لزمه دفعها إليه بنمائها المتصل. وزيادتها المنفصلة لمالكها قبل الحول ، ولواجدها بعده في أصح الوجهين).

أما كون الملتقط يلزمه دفع اللقطة إلى صاحبها الواصف لها؛ فلأن النبي ﷺ قال: «فإن جاءكَ أحد يخبرك بعددها ووعاءها ووكاءها فادفعها إليه»[4].

قال ابن المنذر: هذا الثابت عن رسول الله ﷺ.

وفي حديث زيد: «اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرّفها سنة، فإن لم تعرف فاستنفقها، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه»[5] يعني إذا ذكر صفاتها؛ لأن ذلك هو المذكور في صدر الحديث.

وأما كونه يلزمه دفع نمائها المتصل؛ فلأنه نماء ملكه.

ولأنه لا يمكن انفصاله.

ولأن ذلك يتبع في الفسوخ والعقود.

وأما كون زيادتها المنفصلة لمالكها قبل الحول؛ فلأنها نماء ملكه.

وأما كونها لواجدها بعد الحول في وجهٍ ، فلأنه ملكها بانقضاء الحول . فيكون النماء المنفصل نماء ملكه.

وأما كونها لصاحب اللُّقطة في وجه؛ فبالقياس على المفلس إذا استُرجعت منه العين بعد أن زادت زيادة متميزة، وعلىً الابن إذا استرجَع أبوه ما وهبه له بعد زيادته.

---

(١) سبق ذكره ص: ١٢١.
(٢) سبق ذكره ص: ١٢٧.
(٣) في هـ: لذكر.
(٤) وذلك في حديث أبي ، وقد سبق تخريجه ص: ١٢٧.
(٥) سبق ذكر حديث زيد وتخريجه ص: ١٢١.

وصحح المصنف رحمه الله الأول. ثم قال: وكذا نقول: الصحيح في الموضعين المذكورين: أن الزيادة المذكورة لا تتبع الأصل. ثم الفرق بينهما وبين اللقطة أن الملتقط يضمن النقص. فتكون الزيادة له ثم ليس على من ذُكر ضمان النقص. فأمكن أن لا تضمن[1] الزيادة.

قال: (وإن تلفت، أو نقصت قبل الحول: لم يضمنها. وإن كان بعده ضمنها).

أما كون الملتقط لا يضمن اللقطة إذا تلفت أو نقصت قبل الحول؛ فلأنها أمانة في يده. فلم يضمن إذا لم يفرط[2] فيها، كالوديعة.

وأما كونه يضمن ذلك بعده؛ فلأنها دخلت في ملكه بانفصاله وتلفت من ماله، ولا فرق حينئذ بين التفريط وعدم التفريط؛ لأن النبي ﷺ قال: «فاستنفقها فإذا طالبها يوماً من الدهر فادفعها إليه»[3]، وليس المراد العين؛ لأنه أمره بإنفاقها فعلم أن المراد الضمان، وقد أوجبه[4] عليه من غير تفصيل.

قال: (وإن وصفها اثنان قسمت بينهما في أحد الوجهين، وفي الآخر: يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها. وإن أقام آخر بينة أنها له أخذها من الواصف. فإن تلفت ضمنها من شاء من الواصف والدافع إليه. إلا أن يدفعها بحكم حاكم فلا ضمان عليه. ومتى ضمن الدافع رجع على الواصف).

أما كون اللقطة تقسم[5] بين الواصفين في وجه، فلأنهما استويا في السبب الموجب للدفع. أشبه ما لو استويا في السبب[6] الموجبِ للنَّقل.

وأما كونه يقرع بينهما في وجه، فلأنه لا مزية لأحدهما على الآخر.

قال المصنف في المغني: والذي قلناه أصح -يعني القرعة-؛ لأنها أشبه بالأصول. فيما إذا تداعيا شيئاً في يد غيرهما.

---

(١) في هـ: تملك.
(٢) في هـ: يفطر.
(٣) سبق تخريجه ص: ١٢١.
(٤) في ج: أوجبها.
(٥) في هـ: تنقسم.
(٦) سقط لفظي: في السبب من أ.

فعلى هذا[1] من قرع صاحبه أخذها؛ لأن ذلك فائدة القرعة، ويحلف لاحتمال أنها ليست له.

وأما كون من أقام بينة أنها له يأخذها من الواصف؛ فلأن البينة أقوى من الوصف.

وأما كونه يُضَمِّنها من شاء من الواصف والدافع إليه إذا تلفت وكان الدفع بغير حكم حاكم : أما تضمين الواصف؛ فلأنه أخذ مال غيره بغير إذنه . فتلف عنده.

وأما تضمين الدافع؛ فلأنه دفع المال إلى غير صاحبه . أشبه ما لو دفع الوديعة إلى غير مُودعها إذا غلب على ظنه أنه مالكها.

وأما كونه لا يضمن الدافع إذا كان بحكم الحاكم؛ فلأنها أُخذت منه كرهاً . فلا ينسب إلى تفريط.

وأما كون الدافع إذا ضَمن يرجع على الواصف؛ فلأن التلف حصل في يده.

واشترط المصنف في المغني في الرجوع على الواصف: أن لا يكون الدافع أقر له[2] بالملك بلفظه؛ لأنه إذا اعترف بذلك فقد اعترف أن الواصف هو المحق وأن صاحب البينة ظلمه.

وفي كلام المصنف هنا إشعارٌ بأن صاحب البينة إذا ضَمَّن الواصف لا يرجع الواصف على الدافع. وصرح به في المغني؛ لأن التلف حصل في يده.

ولأن الدافع لو ضَمِن لرجع على الواصف . فكيف يرجع الواصف عليه ؟.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

فصل [في الملتقط]

قال المصنف رحمه الله: (ولا فرق بين كون الملتقط غنياً أو فقيراً ، مسلماً أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً يأمن نفسه عليها . وقيل: يُضم إلى الفاسق أمينٌ في تعريفها وحفظها).

أما كونه لا فرق بين كون الملتقط غنياً أو فقيراً ، مسلماً أو كافراً؛ فلعموم ما تقدم من الأدلة.

وأما كونه لا فرق بين كونه عدلاً أو فاسقاً يأمن نفسه عليها على المذهب؛ فلما ذكر.

وأما كونه يُضم إلى الفاسق أمينٌ فيما ذُكر على قول؛ فلأن الفاسق لا يؤمن على مال غيره ، ولا يمكن انتزاعها من يده؛ لأن له فيها حق التملك[1]. ونصّ المصنف رحمه الله على التعريف؛ لأن الفاسق قد ينقص شيئاً من صفاتها أو يغيّره . فافتقر ذلك إلى مشاركة الأمين ، كالحفظ.

قال: (وإن وجدها صبي أو سفيه قام وليه بتعريفها . فإذا عرّفها فهي لواجدها).

أما كون ولي الصبي والسفيه يقوم بتعريف اللقطة؛ فلأن واجدها ليس من أهل التعريف ، وهو يقوم في ماله . فكذلك يقوم في لقطته.

وأما كونها لواجدها إذا عرّفها وليه؛ فلأن سبب الملك الوجدان . فاختص بمن وجد منه. وفي قيام الولي[2] بما ذكر إشعارٌ بأنه[3] يصح التقاط الصبي والسفيه ، وهو صحيح؛ لدخولهما في عموم الأخبار.

ولأن ذلك نوع كسب . فصح منهما ، كالاصطياد.

---

(١) في ج: الملك.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) في هـ: بأن.

قال: (وإن وجدها عبد فلسيده أخذها منه وتركها معه يتولى تعريفها إذا كان عدلاً . وإن لم يأمن العبد سيده عليها لزمه سترها عنه . فإن أتلفها قبل الحول فهي في رقبته . وإن أتلفها بعده فهي في ذمته).

أما كون السيد له أخذ اللقطة من عبده؛ فلأنها من كسب العبد ، وأكسابُه لسيده، وللسيد انتزاع كسبه من يده.

وأما كونه له تركها في يده مع عدالته؛ فلأنها من كسبه ، وله ترك كسبه في يده.

وفي كلام المصنف رحمه الله ما يُشعر بصحة التقاط العبد بغير إذن سيده. وقد صرح به في المغني ، لعموم الأخبار.

ولأن الالتقاط سببٌ يَملك به الصبي ، ويصح منه . فصح من العبد ، كالاحتطاب.

ولأن من جاز له قبول الوديعة بغير إذن سيده جاز له أن يأخذ اللقطة ، كالحر.

فإن قيل: اللقطة قبل الحول أمانة وولاية[1]، وبعده تملكٌ ، والعبد ليس من[2] أهل ذلك.

قيل: أما كونها ولاية؛ فباطل بالصبي والمجنون.

وأما كونها تملكاً؛ فصحيح. والعبد أهلٌ له . بدليل أنه يصح منه الاصطياد والاحتشاش وغير ذلك.

وأما كون العبد يلزمه سترها عن سيده إذا لم يأمنه عليها؛ فلأنه يلزمه حفظها ، وذلك وسيلةٌ إليه.

وأما كونها في رقبته إذا أتلفها قبل الحول؛ فلأن ذلك من جنايته . فتعلق برقبته ، كسائر جناياته.

وفي كلامه إشعارٌ بأنها إذا تلفت بغير تفريط لا ضمان عليه. وصرح به في المغني؛ لأنه يصح التقاطه . فلم يضمن إذا لم يفرّط ، كالحر.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) مثل السابق.

وأما كونها في ذمته إذا أتلفها بعده؛ فلأنه غير متعد في إتلافها بعد الحول بالنسبة إلى صاحبها . فوجب تعلقها بذمته لا برقبته . بخلاف إتلافها قبل الحول فإنه متعدٍّ[1].

قال: (والمكاتب كالحر . ومن بعضه حرٌّ فهي بينه وبين سيده . إلا أن يكون بينهما مهايأة فهل تدخل في المهايأة ؟ على وجهين).

أما كون المكاتب هنا كالحر؛ فلأن حكمه كالحر في سائر أكسابه . فكذلك في هذا[2].

وأما كون اللقطة بين من بعضه حر وبين سيده إذا لم يكن بينهما مهايأة؛ فلأنها من كسبه، وكسبه بينهما فكذا هذا.

وأما كونها تدخل في المهايأة إذا كانت بينهما مهايأة . وهي: أن يتفق السيد ومن بعضه حر على أن تكون المنافع يوماً لهذا ويوماً لهذا، أو يومين ويومين، أو يوماً ويومين[3] على الاتفاق في الملك والاختلاف على وجهٍ؛ فلأنها من كسبه . دخلت ، كسائر الأكساب.

وأما كونها لا تدخل على وجهٍ؛ فلأنها من الأكساب النادرة. والنادر لا يُعلم وجوده . فلا يدخل في المهايأة.

قال المصنف في المغني: وحكم سائر الأكساب النادرة من الوصية والركاز[4] والهدية ونحو ذلك حكم اللقطة. والله أعلم بالصواب.

---

(١) في هـ: متعذر.

(٢) في هـ: فكذلك هنا.

(٣) سقط جملة: أو يوماً ويومين من هـ.

(٤) في هـ: والزكاة.

باب اللقيط

اللَّقيط: فعيل بمعنى مفعول ، كقولهم: قتيل وجريح بمعنى مقتول ومجروح.

والالتقاط واجب ، لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾ [المائدة:٢].

ولأن فيه إحياءَ النفس . فكان واجباً ، كما لو اضطر إلى طعامه. وهذا الوجوب على الكفاية إذا قام به بعض الناس سقط عن الباقين؛ لأن الغرض يحصل بذلك.

قال المصنف رحمه الله: (وهو الطفل المنبوذ . وهو حرٌ يُنفق عليه من بيت المال إن لم يكن معه ما يُنفق عليه).

أما قول المصنف رحمه الله: وهو الطفل المنبوذ ؛ فبيان لمعنى اللقيط. والمنبوذ: الذي نُبذ . أي : طُرح.

وأما كون اللقيط حراً . فقال ابن المنذر: أجمع عوام أهل العلم على أن اللقيط حرٌّ.

ولأن الأصل في الآدمي الحرية؛ لأن الله خلق آدم وبنيه أحراراً. وإنما يحصل الرق بعارضٍ . فإذا لم يُعلم ذلك العارض بقي على حكم الأصل.

وأما كونه يُنفق عليه من بيت المال إن لم يكن معه ما يُنفق عليه؛ فلأن ميراثه مصروف إليه . فكانت نفقته فيه ، كالوارث. وروي عن عمر رضي الله عنه : « أنه قال في اللقيط: علينا نفقته »[1] وفي رواية: «من بيت المال »[2].

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٠٢ كتاب اللقطة، باب التقاط المنبوذ وأن لا يجوز تركه ضائعاً.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٣٨٣٨) ٧: ٤٤٩ كتاب الطلاق، باب اللقيط.

قال: (ويُحكم بإسلامه. إلا أن يوجد في بلد الكفار ولا مسلم فيه فيكون كافراً. فإن كان فيه مسلم فعلى وجهين).

أما كون اللقيط يحكم بإسلامه إذا وجد في بلاد الإسلام، كالبصرة، والكوفة، ودمشق، ومصر، وما أشبه ذلك. وإن كان فيها أهل الذمة؛ فلظاهر الدار.

ولأن الإسلام يَعلو ولا يُعلى.

وأما كونه كافراً إذا وجد في بلاد الكفار، كبلاد الهند، والروم، وما أشبهها إذا لم يكن فيها مسلم كتاجرٍ ونحوه؛ فلأنه لم يوجد فيها مسلمٌ يمكن إلصاق اللقيط إليه.

ولأن الحكم للدار وهي دار كُفر.

وأما كونه يحكم بإسلامه إذا كان فيها مسلم على وجهٍ؛ فتغليب للإسلام.

وأما كونه يحكم بكفره على وجه؛ فتغليب للدار.

وكل موضع حكم بإسلام اللقيطٌ فهو بطريق الظهور لا بطريق اليقين. بدليل أنه لو أقام كافرٌ بينة أنه ابنه وُلد على فراشه حُكم له به.

قال: (وما وجد معه من فراش تحته، أو ثياب، أو مال في جيبه، أو تحت فراشه، أو حيوان مشدود بثيابه: فهو له. وإن كان مدفوناً تحته، أو مطروحاً قريباً منه: فعلى وجهين).

أما كون ما وجد مع اللقيط من فراش تحته، أو ثياب عليه، أو مال في جيبه، أو تحت فراشه، أو حيوان مشدود بثيابه: له؛ فلأن الطفل يملك، وله يد صحيحة. بدليل أنه يرث، ويصح أن يشتري له وليه ويبيع له. ومن له ملك صحيح فله يدٌ صحيحة، كالبالغ.

وأما كون المدفون تحته، والمطروح قريباً منه: له على وجهٍ؛ فبالقياس على المتصل به.

ولأن ذلك يُحكم به للبائع. فكذلك الطفل. ألا! ترى أن الرجل يقعد في السوق ومتاعه حوله، ويحكم له باليد، وكذلك الجمّال يَترك جمله قريباً منه.

وأما كونه لا يكون له على وجهٍ؛ فلأنه منفصلٌ عنه . فلا يكون له ، كما لو كان بعيداً.

وقال المصنف في المغني: قال ابن عقيل يعني في المدفون: إن كان الحفر[1] طرياً فهو له ، وإلا فليس له . وهو صحيح؛ لأنه إذا كان طرياً غلب على الظن أن الذي ألقاه دفنه لكونه ملك المنبوذ . بخلاف العكس.

قال: (وأولى الناس بحضانته واجده إن كان أميناً . وله الإنفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكم . وعنه: ما يدل على أنه لا ينفق عليه إلا بإذنه).

أما كون أولى الناس بحضانة اللقيط واجده إن كان أميناً؛ فلأن عمر رضي الله عنه أقرّ اللقيط في يد واجده[2].

ولأنه سبق إليه فكان أولى به؛ لقوله عليه السلام: «من سبق إلى ما لم يسبقْ إليه أحدٌ فهو أحق به»[3].

واشترط المصنف الأمانة في الواجد؛ لأن عمر أقرّ اللقيط في يد واجده بعد أن علم أنه رجلٌ صالح.

ولأن ذلك ولاية . فلا يجوز أن يليها غير عدلٍ ، كسائر الولايات.

وأما كونه له الإنفاق عليه مما وجد معه بغير إذن حاكمٍ على المذهب؛ فلأنه جُعل أميناً على اللقيط . فكان له الإنفاق عليه من ماله بغير إذن الحاكم ، كالوصي[4].

وأما كونه لا يُنفق عليه إلا بإذنه على رواية؛ فلأنه إنفاقٌ على صبي . فلم يجز بغير إذن الحاكم ، كما لو أنفق على صغيرٍ مودَعٍ[5] عندَه.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٠٢ كتاب اللقطة، باب التقاط المنبوذ وأن لا يجوز تركه ضائعاً. ولفظه ما روي عن سنين أبي جميلة قال: «وجدت ملقوطاً فأتيت به عمر رضي الله تعالى عنه فقال: عريفي يا أمير المؤمنين إنه رجل صالح ، فقال عمر : أكذلك هو ؟ قال نعم ، قال : فاذهب فهو حر ولك ولاؤه وعلينا نفقته».

(٣) سبق تخريجه ص: ١٠٥.

(٤) في هـ: كما لو وصى.

(٥) في هـ: مودوع.

قال صاحب النهاية فيها: والصحيح قولنا يعني الأول؛ لأن الظاهر أن اللقيط لا ولي له . فجاز أن يُجعل الملتقط ولياً له. وبهذا فارق الصبيُّ المودَعَ . فإن الولاية عليه لغير المستودَع ثابتة.

قال: (وإن كان فاسقاً ، أو رقيقاً ، أو كافراً ، واللقيط مسلم أو بدوياً ينتقل في المواضع، أو وجده في الحضر فأراد نقله إلى البادية : لم يقرّ في يده).

أما كون اللقيط لا يقرّ في يد الفاسق؛ فلأنه ليس في حفظ اللقيط إلا الولاية ، ولا ولاية لفاسق . وفارق اللقطة من وجهين:

أحدهما: أن في اللقطة معنى التكسب ، وليس هنا إلا الولاية.

الثاني: أن اللقطة إذا انتزعت منه رُدّت إليه بعد الحول . بخلاف اللقيط فإنه لا يردّ إليه.

وأما كونه لا يقرّ في يد الرقيق؛ فلأنه مستحق الخدمة والمنفعة لسيده.

ولأنه لا يثبت على اللقيط إلا الولاية ، وليس العبدُ من أهلها.

وأما كونه لا يُقرّ في يد الكافر إذا كان اللقيط مسلماً؛ فلأن الكافر لا ولاية له على مسلم.

ولأنه لا يؤمن أن يفتن المسلم عن دينه.

وفي كلام المصنف رحمه الله إشعارٌ بأن اللقيط إذا كان كافراً يقرّ في يده. وصرح به في المغني؛ لأن الولاية تثبت لبعض الكفار على بعض.

وأما كونه لا يقرّ في يد بدويٍ ينتقل في المواضع؛ فلأن فيه إتعاباً للصبي بتنقله.

وأما كونه لا يقرّ في يد من وجده في الحضر فأراد نقله إلى البادية؛ فلأنه ينقل اللقيط إلى شدة العيش وجفائه، وفي الأثر: «من بَدَا فقد جَفَا»[1].

ولأن فيه تعسراً لمداواته، ومراجعة الطبيب، وانقطاع النسب، وتفويت التأديب والعلم.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٩٦٨١) ٢: ٤٤٠.

قال: (وإن التقطه في البادية مقيم في حلّه ، أو من يريد نقله إلى الحضر : أقرّ معه).

أما كون اللقيط يقرّ مع المقيم في حلّه بحيث لا يرحل لطلب الماء والكلأ؛ فلأنه كالمقيم في قرية.

وأما كونه يقرّ مع من يريد نقله إلى الحضر؛ فلأنه أنفع له ، ويحصل له من الفوائد ما تقدم ذكره.

قال: (وإن التقطه في الحضر من يريد النقلة إلى بلد آخر فهل يقر في يده ؟ على وجهين).

أما كون اللقيط يُقرّ[1] في يد من ذكر على وجه؛ فلأن البلد كالبلد.

وأما كونه لا يقرّ على وجه؛ فلأن بلده أقرب إلى ظهور نسبه.

قال: (وإن التقطه اثنان قُدم الموسر منهما على المعسر ، والمقيم على المسافر. فإن تساويا وتشاحّا أُقْرِع بينهما).

أما كون الموسر من الملتقطين يقدم على المعسر ، والمقيم على المسافر؛ فلأن ذلك أحظ للقيط ، وأَعْوَد لمصلحته.

وأما كونهما يقرع بينهما إذا تساويا وتشاحّا؛ فلأنه لا يمكن تسليمه إليهما؛ لما فيه من الضرر اللاحق بالطفل؛ لأنه إذا كان عند أحدهما يوماً وعند الآخر يوماً اختلفت عليه الأغذية والأُنْس والأُلْف . فإذاً يتعين دفعه إلى أحدهما ، ولا يمكن ذلك إلا[2] بقرعة؛ لأن حقّهما متساوٍ.

---

(١) في هـ: لا يقر.

(٢) ساقط من هـ.

قال: (فإن اختلفا[1] في الملتقط منهما قُدم من له بينة ، فإن لم يكن لهما بينة قُدّم صاحب اليد ، فإن كان في أيديهما أقرع بينهما ، فإن لم يكن لهما يد فوصفه أحدهما قُدّم ، وإلا سلمه الحاكم إلى من يرى منهما أو من غيرهما).

أما كونه يقدم من له بينة على من لا بينة له؛ فلأن البينة تقطع الخصومة ، وتُظهر صاحب الحق من غيره.

وأما كونه يُقدم صاحب اليد إذا لم تكن بينة؛ فلأنَ اليد دليلٌ على استحقاق الإمساك ز دليله: الأموال.

ولأنه يغلب على الظن أنه هو الملتقط . بخلاف من لا يد له.

وأما كونه يقرع بينهما إذا كان في أيديهما؛ فلأنهما تساويا في السبب ، ولم يمكن تسليمه إليهما لما تقدم . فتعينت القرعة ، كما تقدم.

وأما كون الواصف يقدم بالوصف إذا لم تكن يدٌ؛ فلأن اللقيط نوع من اللقطة . فيقدم فيه بالوصف ، كلقطة المال.

ولأن الوصف دليل على قوة اليد . فكان مُقدماً به.

وأما كون الحاكم يسلم اللقيط إلى من يرى [منهما أو من غيرهما إذا لم يكن وصف؛ فلأنه لم يوجد لأحدهما شيء يقتضي ترجيحه . فكانت الخيرة للحاكم][2] في دفعه إلى من يحضنه ، كغير اللقيط إذا لم يكن له قريبٌ ، أو كان له جماعة لا مزيّة لأحدهم على الآخر.

---

(١) في هـ: وإن اختلف.

(٢) ساقط من هـ.

فصل [في أحكام اللقيط]

قال المصنف رحمه الله: (وميراث اللقيط وديته إن قُتل لبيت المال. وإن قُتل عمداً فوليه الإمام: إن شاء اقتص، وإن شاء أخذ الدية).

أما كون ميراث اللقيط وديته إن قُتل لبيت المال؛ فلأنه مسلم لا عَصَبة له[1] ولا ذا فرضٍ. فكان ماله وديته لبيت المال، كغير اللقيط.

وأما كون وليه الإمام؛ فلأن الإمام ولي من لا ولي له، وهذا لا وليَّ له.

وأما كونه إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية إذا قُتل عمداً، فكسائر الأولياء.

ولا بد أن يُلحظ هنا أن ذلك خِيَرَة مصلحة لا خيرة تَشَهِّي؛ لأن الإمام يتعين عليه فعل الأصلح. بخلاف بقية الأولياء.

قال: (وإن قُطع طرفُه عمداً انتُظر بلوغه. إلا أن يكون فقيراً، أو مجنوناً: فللإمام العفو على مال ينفق عليه).

أما كون اللقيط يُنتظر بلوغه إذا قُطع طرفه ولم يكن فقيراً ولا مجنوناً؛ فلأن مستحق الاستيفاء المجني عليه، وهو حينئذٍ لا يصلح له. فانتظر بلوغه ليستوفي حقه عند أهليته للاستيفاء.

وأما كون الإمام له العفو على مال ينفق عليه منه إذا كان فقيراً أو مجنوناً؛ فلأن الانتظار هنا لا ينتهي إلى حدٍ معلوم؛ لأن الجنون قد لا يفارقه. وفارق هذا ما إذا كان الصغير فقيراً عاقلاً من حيث إن الصغر له حدٌّ معلوم ينتهي إليه.

---

(١) ساقط من هـ.

قال: (وإذا ادعى الجاني عليه، أو قاذفه: رقَّه. وكذبه اللقيط بعد بلوغه: فالقول قول اللقيط. وإن ادعى إنسان أنه مملوكه لم يقبل إلا ببينة تشهد أن أمته ولدته في ملكه. ويحتمل أن لا يعتبر قولها في ملكه).

أما كون القول قول اللقيط في نفي رقه؛ فلأنه محكومٌ بحريته.

ولأن قوله يعضده الأصل. إذ الأصل عدم رقه.

وأما كون من ادعى أنه مملوكه لا يقبل إلا ببينة؛ فلأن مجرد الدعوى لا تكفي في انتزاع المدعي. والأصل فيه قوله عليه السلام: «لو يُعطَى الناسُ بدعواهُم لادعَى أُناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالهم. ولكن البينةَ على المدعي واليمينَ على من أنكر»[1].

وأَما كونه يقبل قوله مع البينة؛ فلأن البينة تُظهر الحق.

وأما كون البينة تشهد أن أمته ولدته في ملكه على المذهب؛ فلأنها إذا ولدت قبل ملكه لها يَصْدُق أنها ولدته. فلا بدّ من قولها في ملكه ليخرج ذلك. وليس مراد المصنف رحمه الله أنه لا بدّ من بينة تشهد على الصفة المذكورة بل لو أقام بينة بأن اللقيط مملوكه كانت كافية، ولم يحتج إلى أن أمته ولدته في ملكه؛ لأنه يجوز أنه اشتراه أو اتهبه أو نحو ذلك. وصرح بذلك في المغني، وقال: إن شهدت بينة أنه عبده أو ملكه حكم بها وإن لم يذكر سبب الملك، كما لو شهدت بملك دارٍ أو عبد.

وأما كونه يحتمل أن لا يعتبر قول البينة في ملكه؛ فلأن قوله[2] أن أمته ولدته بمنزلة قولها في ملكه.

والأول أصح، لما تقدم ذكره.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٧٧) ٤: ١٦٥٦ كتاب التفسير، باب: ﴿إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١١) ٣: ١٣٣٦ كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه.

(٢) في هـ: قولها.

قال: (وإن أقرّ بالرق بعد بلوغه لم يقبل. وعنه: يقبل. وقال القاضي: يقبل فيما عليه روايةً واحدةً، وهل يقبل في غيره؟ على روايتين).

أما كون اللقيط لا يقبل إقراره بالرق بعد بلوغه من غير تفصيلٍ على المذهب؛ فلأنه يُبطل حق الله تعالى من الحرية المحكوم بها.

وأما كونه يقبل على روايةٍ؛ فلأنه مجهول الحال. أقرّ بالرق. فقبل، كما لو أقر غير اللقيط بالرق.

واشترط المصنف رحمه الله في المغني في هذا: أن لا يكون أقرّ بالحرية قبل ذلك؛ لأنه إذا أقرّ بذلك اعترف بالحرية، وهي حقٌّ لله تعالى.

ولأنه يكون مكذباً لقوله بقوله. فلم يقبل إقراره، كما لو أقرّ بمالٍ ثم جحده.

وأما كونه يقبل فيما عليه رواية واحدة على قول القاضي؛ فلأن الضرر يعود على نفسه. فلا تلحقه التهمة.

وأما كونه هل يقبل في غيره؟ على روايتين؛ فوجههما ما تقدم.

قال: (وإن قال: إني كافر لم يُقبل قوله، وحكمه حكم المرتد. وقيل: يُقْبل قوله. إلا أن يكون قد نطق بالإسلام وهو يعقله).

أما كونه لا يُقبل قوله في ذلك على المذهب؛ فلأنه محكوم بإسلامه.

وأما كون حكمه على ذلك حكم المرتد؛ فلأنه أقرّ بالكفر.

فعلى هذا إن تاب وإلا قُتل؛ لأن المرتد هكذا يُفعل به.

وأما كونه يقبلٍ قوله إذا لم يكن نطق بالإسلام وهو يعقله على قولٍ؛ فلأن إسلامه لم يثبت يقيناً.

وأما كونه لا يقبل قوله إذا كان نطق بالإسلام؛ فلأن إسلامه ثبت يقيناً فلم يقبل إقراره بالكفر، كالمسلم إذا أقرّ بكفر نفسه.

والأصح أنه لا يقبل مطلقاً؛ لأن الحكم بالإسلام ملحقٌ بالإسلام اليقيني، واللقيط محكومٌ بإسلامه.

فصل [إذا ادعى اللقيط إنسان]

قال المصنف رحمه الله: (وإن أقرّ إنسانٌ أنه ولده أُلحق به مسلماً كان أو كافراً ، رجلاً أو امرأة ، حياً كان اللقيط أو ميتاً . ولا يتبع الكافر في دينه إلا أن يقيم بينة أنه ولد على فراشه . وعنه: لا يلحق بامرأة ذات زوج[1] . وعنه: إن كان لها إخوة أو نسب معروف لم يلحق بها ، وإلا لحق).

أما كون الولد المقرّ به يلحق بالمقِرّ؛ فلأن الإقرار به محضُ مصلحةٍ للطفل لاتصالِ نسبه ، ولا مضرة على غيره فيه . فقبل ، كما لو أقر له[2] بمال.

وأَما كونه يُلحق به مسلماً كان أو كافراً؛ فلأن الكافر يثبت له النكاح والفراش . فيلحق به ، كالمسلم.

وأما كونه يلحق به رجلاً كان أو امرأة على المذهب؛ فلأن المرأة أحد الأبوين . فيثبت النسب بدعواها ، كالأب.

وأما كونه يُلحق به حياً كان اللقيط أو ميتاً؛ فلأهما سواء معنى . فوجب استواؤهما حكماً.

وأما كون اللقيط لا يتبع الكافر في دينه إذا لم يُقم بينة أنه ولد على فراشه؛ فلأن اللقيط محكومٌ بإسلامه بظاهر الدار. فلا يقبل قول الكافر في كفره بغير بينة ، كما لو كان معروف النسب.

ولأها دعوى تخالف الظاهر . فلم تقبل بمجردها ، كدعوى رقه. وإنما قبل في النسب؛ لعدم الضرر، والكفر بخلافه فإن فيه ضرراً عظيماً؛ لأنه سبب الخزي في الدنيا والآخرة.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) مثل السابق.

وأما كونه يَتبع الكافر في دينه إذا أقام بينة بأن اللقيط ولد على فراشه؛ فلأنه حينئذ تحققت الولادة، والولد المحقق يتبع والده في دينه.

وأما كونه لا يُلحق بامرأة ذات زوج على رواية؛ فلأن في لحوق النسب بها وهي ذات زوج إلحاقاً للنسب بزوجها ، وذلك غير جائز.

وأما كونه لا يلحق بها إذا كان لها إخوة أو نسب معروف وكونه يلحق بها إذا لم يكن كذلك على رواية؛ فلأنه يلزم من لحوق النسب بها في الأول لحوق النسب بالإخوة والنسب المعروف، وهو غير جائز . بخلاف الثاني.

قال: (وإن ادّعاه اثنان أو أكثر لأحدهما بينة قدم بها . وإن تساووا في بينة أو عدمها عُرض معهما على القافة ، أو مع أقاربهما إن ماتا : فإن ألحقته بأحدهما لحق به، وإن ألحقته بهما لحق بهما . ولا يُلحق بأكثر من أم واحدة . وإن ادّعاه أكثر من اثنين فأُلحق بهم لحق بهم وإن كثروا . وقال ابن حامد : لا يُلحق بأكثر من اثنين .

وإن نفته القافة عنهم ، أو أشكل عليهم ، أو لم يوجد قافةٌ ضاع نسبه في أحد الوجهين ، وفي الآخر : يترك حتى يبلغ فينسب إلى من شاء منهم . أومأ إليه أحمد).

أما[1] كونه يقدم من له بينة من المدعين؛ فلأن البينة تُظهر أنه صاحب الحق.

وأما كونه يُعرض على القافة معهما أو مع أقاربهما إن ماتا إذا تساووا في البينة أو عدمها؛ فلأن ذلك طريقٌ إلى ترجيح أحدهما على الآخر . فشرع ، كقيام البينة.

فإن قيل: القافة ما هي ؟

قيل: قومٌ من العرب عُرف منهم الإصابة في معرفة الأنسابِ، واشتهر ذلك في بني مدلج رهط مجزز، وسراقة بن مالك بن جعشم .

والأصل فيها ما روي عن عائشة رضي الله عنها « أن النبي ﷺ دَخلَ عليها مسروراً تَبْرُقُ أساريرُ وجههِ . فقال: ألم تَرَيْ أن مُجَزِّزاً المدلجي نظرَ آنفاً إلى زيد

(١) في هـ: وأما.

وأسامة وقد غَطيَا رؤوسَهمَا وبدتْ أقدامُهمَا . فقال: إن هذه الأقدامَ بعضها من بعض »[1]. متفق عليه.

وجه الحجة: أنه لو لم يجز الاعتماد على القافة لما سُرَّ النبي ﷺ ولا اعتمد عليه.

ولأن عمر رضي الله عنه قضى به بحضرة الصحابة فلم يدفعه أحد و لم ينكره . فكان إجماعاً.

ولأنه حكم بظن غالبٍ ورأي راجحٍ ممن هو من أهل الخبرة . فجاز قبوله ، كقول[2] المقومين.

وأما كونه يلحق بأحدهما إذا ألحقته القافة به؛ فلأنه تَرَجّح بقولها . أشبه من قامت له بينة.

وأما كونه يلحق بهما إذا ألحقته بهما؛ فـ «لأنه يروى عن عمر في امرأة وطئها رجلان في طهرٍ . فقال القائف: قد اشتركا فيه جميعاً . فجعله بينهما »[3]. رواه سعيد بن منصور في سننه.

وروى بإسناده عن الشعبي قال: «وعليّ يقول: هو ابنهما[4] وهما أبواه يرثهما ويرثانه ». رواه الزبير بن بكار بإسناده عن عمر. ولا يعرف لهما في الصحابة مخالف.

وأما كونه لا يُلحق بأكثر من أمٍّ واحدة؛ فلأن كونه ابناً لهما محال يقيناً فلم يجز أن يحكم به ، كما لو كان أكبر منهما. وفارق الرجلين من حيث إن انخلاق الولد منهما ليس بمعلوم الاستحالة.

وأما كونه يُلحق بأكثر من اثنين على المذهب؛ فلأنه إذا جاز إلحاقه باثنين جاز بأكثر من ذلك؛ لأن المعنى في الموضعين واحد.

وأما كونه لا يلحق بأكثر من اثنين على قول ابن حامد؛ فلأن إلحاقه باثنين ثبت بالأثر. فيجب أن يقتصر عليه.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٨٨) ٦: ٢٤٨٦ كتاب الفرائض، باب القائف.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٥٩) ٢: ١٠٨١ كتاب الرضاع، باب العمل بإلحاق القائف الولد.

(٢) في هـ: كقبول.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٢٦٣ كتاب الدعوى والبينات، باب القافة ودعوى الولد.

(٤) في هـ: بنيهما.

قال المصنف في المغني: المعنى في الاثنين موجود فيما زاد . فيجب أن يُقاس عليهما.

وأما كون من نفته القافة عنهم ، أو أشكل عليهم ، أو لم توجد قافةٌ : يضيع نسبه في وجه قاله أبو بكر؛ فلأنه لا دليلَ عليه . أشبه من لم يدّعِ نسبه أحد.

وأما كونه يُترك حتى يبلغ فينتسب إلى من شاء في وجهٍ قاله ابن حامد؛ فلأن الإنسان يميل طبعه إلى قريبه دون غيره.

ولأن ذلك يُروى عن عمر رضي الله عنه.

وقول المصنف رحمه الله: أومأ إليه أحمد . يعني الإمام أحمد.

قال: (وكذلك الحكم إن وطئ اثنان امرأة بشبهة ، أو جارية مشتركة بينهما في طهر واحد ، أو وطئت[1] زوجة رجل ، أو أم ولد له بشبهة وأتت بولد يمكن أن يكون منه فادعى الزوج أنه من الواطئ : أُري القافة معهما . ولا يقبل قول القائف إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة).

أما كون الحكم فيما إذا وطئ اثنان امرأة بشبهة ، أو جارية مشتركة بينهما في طهرٍ واحد فأتت بولد كالحكم فيما تقدم في أنها ترى معهما القافة؛ فلأن عمر فعل ذلكً وجعلَ الولد بين الواطئين لمّا قال القائف: «قد اشتركا فيه »[2]، ولو لم[3] يكن له أثرٌ في ذلك لم يحتج إلى ذكره.

ولأن ذلك يحتمل كونه من هذا ، وكونه من هذا . فأري القافة ، كاللقيط إذا ادعى نسبه اثنان.

وأما كون الحكم في بقية الصور المذكورة كذلك؛ فلأنها تساويه معنى . فوجب أن تساويه حكماً.

وأما كون القائف لا يُقبل قوله إلا أن يكون ذكراً عدلاً مجرباً في الإصابة؛ فلأن ذلك يجري مجرى الحكم . فاعتبر فيه ذلك ، كالحاكم.

---

(١) في هـ: وطئ.

(٢) سبق ذكره ص: ١٥١.

(٣) في هـ: ولم.

ولأن ذلك يفتقر إلى نظرٍ واجتهاد، والمرأة قاصرةٌ عنهما، والفاسقُ لا يُقبل خبره. ومن لم يكن مجرباً في الإصابة لم يغلب على الظن صدقه . فلم تطمئن النفس إلى قوله.

كتاب الوقف

الوقف: مصدر وقف. يقال: وَقَفْتُ وقفاً ، ولا يُقال: أوقَفْتُ إلا في لُغة شاذةٍ.
وهو من القُرَبِ المندوبِ إليها .

والأصل فيه ما روى عبدالله بن عمر قال: « أصابَ عمرُ أرضاً بخيبرَ . فأتى النبيَّ ﷺ يستأمرُه فيها . فقال: يا رسولَ الله! إني أصبتُ أرضاً بخيبرَ . لم أُصِبْ مالاً أنفسُ عندي منه فما تأمرني فيها ؟ قال: إن شئتَ حبستَ أصلهَا وتصدقتَ بثمرتها . غير أنه لا يباعُ أصلُها ولا يوهبُ ولا يورثُ . قال: فتصدقَ بها عمر في الفقراءِ ، وذوي القربى ، والرقاب ، وابن السبيل ، والضيف . لا جناحَ على من وليها أن يأكلَ منها ، أو يُطعم صَديقاً بالمعروفِ غير مُتَأثِّلٍ فيه ، أو غيرَ متمولٍ فيه »[1] . متفق عليه.

وعن النبي ﷺ: « إذا ماتَ ابنُ آدم انقطعَ عملُه إلا من ثلاث : صدقةٍ جارية ، أو علمٍ ينتفعُ به من بعده ، أو ولدٍ صالح يدعُو لَه »[2].

وعن جابر: لم يكن أحد من أصحاب رسول الله ﷺ ذو مقدرة إلا وقف.

قال المصنف رحمه الله: (وهو تحبيس الأصل ، وتسبيل المنفعة . وفيه روايتان:

إحداهما: أنه يحصل بالقول والفعل الدال عليه ؛ مثل: أن يبني مسجداً ويأذن للناس في الصلاة فيه ، أو يجعل أرضه مقبرة ويأذن لهم في الدفن فيها ، أو سقاية ويشرعها لهم . والأخرى: لا يصح إلا بالقول).

أما قول المصنف رحمه الله: وهو تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة ؛ فبيان لمعنى

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٨٦) ٢: ٩٨٢ كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٣٢) ٣: ١٢٥٥ كتاب الوصية، باب الوقف.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٣١) ٣: ١٢٥٥ كتاب الوصية، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٨٨٠) ٣: ١١٧ كتاب الوصايا، باب ما جاء في الصدقة عن الميت.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٧٦) ٣: ٦٦٠ كتاب الأحكام، باب في الوقف.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٥١) ٦: ٢٥١ كتاب الوصايا، فضل الصدقة عن الميت.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

الوقف شرعاً . وقد دل عليه قوله عليه السلام: « إن شئتَ حبستَ أصلَها وتصدقتَ بثمرتها »[1].

وأما ما يحصل الوقف به . فعلى ضربين:

أحدهما: متفق عليه . وهو القول ؛ لأنه صريح فيه. فحصل به ؛ كحصول سائر العقود بصرائحها.

وثانيهما: الفعل . وفي حصول الوقف به روايتان:

إحداهما: يحصل ؛ لأن العرف جارٍ بذلك. وفيه دلالة على الوقف . فجاز أن يحصل به ؛ كالقول.

والثانية: لا يحصل به ؛ لأنه تحبيس أصلٍ على وجهِ القربة . فوجب أن يفتقر إلى القول ؛ كالوقف على الفقراء.

قال المصنف رحمه الله في المغني: ظاهر المذهب أن الوقف يحصل بالفعل مع القرائن الدالة عليه مثل ما تقدم. ويعضد ذلك: أن القرائن جارية مجرى صريح القول في كثيرٍ من المواضع . فليكن هاهنا كذلك. بيانه: أن من قدّم إلى ضيفٍ طعاماً كان ذلك إذناً في الأكل ، ومن ملأ خابية ماء ووضعها على الطريقِ كان ذلك تسبيلاً لمائها ، وجاز لكل أحدٍ الشربُ منها ، ومن نثرَ على الناس شيئاً من اللوز والسكر وغيرهما أُبيح التقاطه. وقد تقدم أن البيع بالمعاطاة جائز[2] ؛ لدلالة الحال . فكذلك هاهنا.

قال: (وصريحه: وقفت وحبّست وسبّلت ، وكنايته: تصدّقت وحرّمت وأبدّت . فلا يصح الوقف بالكناية إلا أن ينويه أو يقرن به أحد الألفاظ الباقية ، أو حكم الوقف فيقول: تصدّقت صدقةً موقوفةً ، أو محبّسةً ، أو مُسبّلةً ، أو محرّمةً ، أو مؤبّدةً ، أو لا تُباع ، ولا تُوهب ، ولا تُورث).

أما كون القول الذي يحصل به الوقف له صريحٌ وكناية ؛ فلأن الصريح: ما ثبت به الشيء من غير انضمام أمر زائد . والكناية: ما يفتقر ثبوت الشيء به إلى أمرٍ زائدٍ . وكلاهما موجودٌ في الوقف.

(١) سبق تخريجه من حديث عمر ص: ١٥٤.

(٢) ص: ٥٢ .

وأما كون الصريح ثلاثة ألفاظ: وقفت وحبّست وسبّلت ؛ فلأن هذه الثلاثة ثبت لها عرف الاستعمال بين الناس، ويُفهم الوقف منها عند الإطلاق. فصارت صريحةً في الوقف ؛ كلفظ الطلاق في التطليق.

وأما كون تصدّقت وحرّمت وأبّدت كناية ؛ فلأنها لم يثبت لها عُرف الاستعمال.

ولأن الصدقة تستعمل في الزكاة . والتحريم يستعمل في الظهار والأيمان. والتأبيد يحتمل تأبيد التحريم وتأبيد الوقف.

فعلى هذا لا بدّ من انضمام شيء إليها لتترجّح إفادتها للوقف . وذلك أشياء:

أحدها: النية ؛ لأنها تميز المراد من غيره.

ولأن كناية الطلاق مع نيته تكون موجبةً لوقوع الطلاق . فكذلك كناية الوقف مع نيته تكون موجبةً لحصول الوقف.

وثانيها: أن يقرن[1] به أحد الألفاظ الباقية من الصرائح. والكناية كما مثل المصنف رحمه الله ؛ لأن اللفظ يترجح بذلك ؛ لإرادة الوقف.

وثالثها: أن يقرن به حكم الوقف كقول المصنف رحمه الله: لا تباع ولا توهب ولا تورث ؛ لأن ذلك يزيل الاشتراك.

قال: (ولا يصح إلا بشروط أربعة:

أحدها: أن يكون في عين يجوز بيعها، ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها ؛ كالعقار ، والحيوان ، والأثاث ، والسلاح).

أما كون الوقف لا يصح إلا بالشروط الآتي ذكرها ؛ فلما يُذكر فيها.

وأما كون أحدها: أن يكون في عينٍ يجوز بيعها ، ويمكن الانتفاع بها دائماً مع بقاء عينها ؛ فلما يأتي ذكره بعدُ.

وأما كونه يصح في ذلك ؛ فلأن ما نقلَ : الوقفُ فيه شأنه كذلك. فيثبت فيه بالنص، ويقاس عليه ما في معناه.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالعقار ... إلى آخره؛ فتمثيل لما يصح وقفه.

(١) في هـ: يقر.

وقد دلّ حديث[1] عمر على صحة وقف العقار[2]، وحديث أم معقل على صحة وقف الحيوان ولفظه: « جاءتْ إلى رسول الله ﷺ . فقالت: يا رسول الله! إنّ أبا معقل جعلَ ناضِحَهُ في سبيلِ اللهِ وإني أريدُ الحجَ أفأركبه ؟ فقال: اركبيه . فإن الحجَ والعمرةَ من سبيلِ الله »[3].

وحديث خالد على صحة وقفِ الأثاث والسلاح . ولفظه[4]: « وأما خالد فإنه قد احتبسَ أدْرَاعَهُ وأعتَادَهُ في سبيلِ الله »[5] متفق عليه.

قال: (ويصح وقف المشاع . ويصح وقف الحلي على اللُّبس والعارية . وعنه: لا يصح).

أما كون وقف المشاع يصح ؛ فلأن في حديث عمر « أنه أصابَ مائة سهمٍ من خيبرَ . فأمرَهُ النبي ﷺ بوقفها »[6].

ولأن الوقف تحبيس الأصل وتسبيل المنفعة، وذلك يحصل في المشاع ؛ كحصوله في المفرز.

وأما كون وقف الحلي على اللُّبس والعارية يصح على المذهب ؛ فلأن ذلك عينٌ يمكن الانتفاع بها مع بقائها . فصح وقفُها ؛ كالعقار.

وأما كونه لا يصح على روايةٍ؛ فلأنه من جنس أحد النقدين . فلم يصح وقفه ؛ كالدنانير والدراهم.

والأول أصح ؛ لأن المفسد في الدنانير والدراهم عدم الانتفاع بعينها، وهذا في الحلي معدوم.

---

(١) في هـ: دل عليه حديث.

(٢) سبق ذكره ص: ١٥٤.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٢٧٣٢٦) ٦: ٤٠٦.

(٤) ساقط من هـ.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (١٣٩٩) ٢: ٥٣٤ كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى: ﴿وفي الرقاب والغارمين وفي سبيل الله﴾.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٩٨٣) ٢: ٦٦٦ كتاب الزكاة، باب في تقديم الزكاة ومنعها.

(٦) أخرجه النسائي في سننه (٣٦٠٤) ٦: ٢٣٢ كتاب الأحباس ، باب حبس المشاع .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٩٧) كتاب الصدقات ، باب من وقف.

قال: (ولا يصح الوقف في الذمة كعبد ودار ، ولا غير معين كأحد هذين ، ولا وقف ما لا يجوز بيعُه كـــأم الولد والكلب ، وما لا ينتفع به مع بقائه دائماً كالأثمان والمطعوم والرياحين).

أما كون الوقف في الذمة لا يصح ؛ فلأن معنى الوقف إبطال ملكٍ في عين . [فلا يصح إلا في عين][1] ؛ كالعتق.

وأما كون وقف غير معينٍ لا يصح ؛ فلأن الوقف تمليكٌ للعين أو للمنفعة . فلا يصح في غير معينٍ ؛ كالإجارة.

وأما كون وقف ما لا يجوز بيعه لا يصحُ ؛ فلأن الوقف نقلٌ للملكِ في العين . فلم يصح فيما لا يجوز بيعه ؛ كهبته .

وأما كون وقف ما لا يُنتفع به مع بقائه دائماً ؛ كالأثمان : لا يصح ؛ فلأن النفع بذلك لا يمكن إلا بإتلاف عينه ، وذلك ينافي تأبيدَ الوقف .

وفي قول المصنف رحمه الله: وما لا ينتفع به مع بقائه دائماً كالأثمان والمطعوم والرياحين نظرٌ ؛ لأن المطعوم والرياحين لا تبقى دائماً فلا يصح التمثيل به. وصحة الكلام دائرة مع أحد أمرين : حذف التمثيل بهما ، والاكتفاء بالتمثيل بالأثمان ، أو حذف مع بقائه ؛ لأن المطعوم والرياحين يصح أن يقال أنهما لا ينتفع بهما دائماً ؛ لكون نفعهما يحصل في بعض الزمن دون بعضٍ فيكون التمثيل بهما صحيحاً.

قال: (الثاني: أن يكون على برٍّ ؛ كالمساكين ، والمساجد ، والقناطر ، والأقارب مسلمين كانوا أو من أهل الذمة).

أما كون الثاني من شروط صحة الوقف: أن يكون على برٍ ؛ فلأن المقصود من الوقف التقربُ إلى الله عز وجل . فإذا لم يكن الوقف على برٍ لم يحصل المقصود من الوقف.

وأما قول المصنف رحمه الله: "كالمساكين ... إلى مسلمين" ؛ فتمثيلٌ للبر الذي يصح الوقف عليه.

وأما كون الوقف يصح على الأقارب مسلمين كانوا أو من أهل الذمة ؛ فلأن

---

(١) ساقط من هـ.

القريب الذمي موضع القربة . بدليل جواز الصدقة عليه.

قال: (ولا يصح على الكنائس، وبيوت النار، وكتابة التوراة، والإنجيل، ولا على حربيٍ، ولا مرتد).

أما كون الوقف على الكنائس وبيوت النار لا يصح ؛ فلأنها بيوت الكفر.

وأما كونه لا يصح على كتابة التوراة والإنجيلِ ؛ فلأنها كتب مبدّلة منسوخة. ولذلك « غضب النبي ﷺ لما رأى مع عمر صحيفةً فيها شيء من التوراة . وقال: أفي شَكٍ أنتَ يا ابن الخطاب ؟ ألم آتِ بها بيضاءَ نقية. لو كان أخِي موسى حَياً ما وَسِعَهُ إلا اتباعي »[1]. ولولا أن ذلك معصيةً ما غضب منه.

وأما كونه لا يصح على حربيٍّ ولا مرتدٍّ ؛ فلأن أموالهم مباحةٌ في الأصل، ويجوز أخذها منهم بالقهر والغلبة . فما تجدد لهم أولى.

والوقف لا يجوز أن يكون مباح الأخذ ؛ لأنه تحبيس الأصل.

قال: (ولا يصح على نفسه في إحدى الروايتين . وإن وقف على غيره واستثنى الأكل منه مدة حياته صح).

أما كون وقف الشخص على نفسه لا يصح على روايةٍ ؛ فلأن الوقف تمليك إما للرقبة أو للمنفعة[2]، وكلاهما لا يصح هنا؛ لأن الشخص لا يجوز أن يملك نفسه، كما لا يجوز أن يبيع ماله من نفسه.

وأما كونه يصح على روايةٍ ؛ فلأن عمر لما وقف قال: « لا بأسَ على من وليها أن يأكلَ منها أو يُطعمَ صَديقاً غير مُتَمَوِّلٍ فيه »[3]، وكان ذلك الوقف في يده إلى أن مات.

ولأنه إذا وقف وقفاً عاماً كالمساجد والسقايات كان له الانتفاع به . فكذا إذا خصّه بانتفاعه.

وظاهر كلام المصنف هنا: أن الصحيح عدمُ الصحة. وصرح به غيره من الأصحاب.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٥١٩٥) ٣: ٣٨٧.

(٢) في هـ: والمنفعة.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٥٤.

وقال صاحب النهاية فيها: الأصح قولُنا يعني الصحة.

وقال المصنف في المغني بعد الحكم بالصحة: قال ابن عقيل: وهي أصح. ووجهه ما تقدم.

وقد روي عن عثمان رضي الله عنه « أنه لما وقفَ بئرَ رومة قال: دَلْوِي فيها كالدِّلاء »[1].

وأما كونه يصح استثناء الأكل مما وقفه على غيره مدة حياته ؛ فلأن عمر رضي الله عنه شرطَ الأكلَ للوالي عليها والإطعام، وكان هو الوالي عليها[2].

قال: (الثالث: أن يقف على معين يَملك . ولا يصح على مجهول ؛ كرجل ، ومسجد . ولا على حيوان لا يَملك ؛ كالعبد ، والحملِ ، والملَك ، والبهيمة).

أما كون الثالث من شروط صحة الوقف: أن يقف على معين يملك ؛ فلأن الوقف تمليك . فلم يصح على غير معين لا يملك ؛ كالهبة.

فإن قيل: فعلى قولنا: العبد يَملك هل يصح الوقف عليه ؟

قيل: لا ؛ لأنه لا يملك ملكاً لازماً ، وكذا لو كان مكاتباً ؛ لأن ملكه غير مستقر.

فإن قيل: لو وقف على المساجدِ جاز وهي لا تملك.

قيل: الوقف على المساجد مقصودٌ فيه أهلها وهم المسلمون ؛ لأن النفع خاصٌ بهم . فالملكُ إذاً حاصل.

فإن قيل: فيجب أن يصح الوقف على الكنيسة، ويكون الوقف على أهل الذمة.

قيل: الجهة التي عُين صرف الوقف فيها ليست نفعاً بل هي محرّمة معصيةٌ يزدادُ الواقف[3] بها عقاباً . بخلاف المساجد.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٧٠٣) ٥: ٦٢٧ كتاب المناقب، باب في مناقب عثمان بن عفان رضي الله عنه.

وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٠٨) ٦: ٢٣٥ كتاب الأحباس، باب وقف المساجد.

(٢) سبق ذكر حديث عمر ص: ١٥٤.

(٣) في هـ: الوقف.

قال: (الرابع: أن يقف ناجزاً. فإن علقه على شرط لم يصح. إلا أن يقول: هو وقفٌ بعد موتي فيصح في قول الخرقي. وقال أبو الخطاب: لا يصح).

أما كون الرابع من شروط صحة الوقف: أن يقف ناجزاً ؛ فلأنه نقلٌ للملك . أشبه البيع . والناجزُ كقولك: وقفتُ داري على كذا. ولا خلاف في صحته إذا اجتمعت فيه شروطه[1].

وأما المعلّق فله صورتان:

إحداهما: أن يقول: إذا جاء زيدٌ ، أو رأسُ الشهر ، أو ما أشبه ذلك : فداري وقفٌ . فهذا لا يصح ؛ لأنه تعليق للوقف على شرطٍ، والوقفُ تمليكٌ، وتعليق التمليك على شرطٍ لا يصح.

والثانية: أن يقول: هو وقفٌ بعد موتي . وفيها وجهان:

أحدهما: يصح ؛ لأن ذلك وصيةٌ . فصح ؛ كالوصية لرجلٍ بدار.

والثاني: لا يصح ؛ لما تقدم قبل .

وخرّج أبوالخطاب من كلام الخرقي صحة الوقف في المسألتين ؛ لاستوائهما في التعليق.

وقال المصنف في المغني: والذي أراه أن كلام الخرقي على حقيقته في إجازة تعليقه بشرط الموت خاصة دون غيره ؛ لما تقدم من أن ذلك في معنى الوصية. وهذا مفقودٌ في غيره.

---

(١) في هـ: شروط.

فصل [في اشتراط القبول]

قال المصنف رحمه الله: (ولا يشترط القبول. إلا أن يكون على آدمي معين ففيه وجهان ؛ أحدهما: يشترط ذلك. فإن لم يقبله أو ردّه بطل في حقه دون من بعدَه، وكان كما لو وقف على من لا يجوز ثم على من يجوز يُصرف في الحال إلى من بعده.

وفيه وجه آخر: أنه إن كان من لا يجوز يُعرف انقراضُه كرجل معين صُرفَ إلى مَصرف الوقف المنقطع إلى أن ينقرض ثم يُصرف إلى من بعده).

أما كون القبول في الوقف على غير آدمي معينٍ ؛ كالمساجد والقناطر وما أشبه ذلك لا يشترط ؛ فلأن القبول لا يتصور في ذلك. فلو اشترط القبول لامتنع صحة الوقف فيه.

وأما كونه يشترط إذا كان على آدميٍّ معينٍ ؛ كزيدٍ وعمروٍ وما أشبههما في وجه ؛ فلأنه تبرع لآدمي معين. فاشترط فيه القبول ؛ كالهبة والوصية.

وأما كونه لا يشترط في وجهٍ ؛ فلأنه أحد أنواع الوقف. فلم يشترط فيه القبول ؛ كالوقف على غير معين.

ولأنه إزالة ملكٍ لا يباع ولا يوهب. فلم يشترط فيه القبول ؛ كالعتق.

واختلف قول الأصحاب في الصحيح من هذين الوجهين فقال صاحب النهاية في مختصره: يشترط على الأصح. ووجهه ما تقدم.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله في المغني عدم اشتراط القبول ؛ لأنه علل اشتراط القبول بما ذكر[1]. ثم نقضه بالعتق.

وفرّق بين العتق والوصية من حيث: إن الوقف لا يختص بالمعين[2] بل يتعلق به حق من يأتي من البطون في المستقبل. وما ذكر من الفرق موجودٌ بعينه في الهبة، والأشبه أن يبنى ذلك على أن الملك هل ينتقل إلى الموقوف عليه أم لا ؟

(١) في هـ: ذكره.
(٢) في هـ: بالعين.

فإن قيل: بالانتقال. قيل: باشتراط القبول ، وإلا فلا ؛ لأن الفرق بين المعين وغير المعين ظاهرٌ . لم يبق إلا تردد الشبه بين العتق وبين الوصية والهبة.

فعلى قولنا: ينتقل الملكُ إلى الموقوف عليه يكون الشبه حينئذٍ بالهبة والوصية أكثر من الشبه بالعتق لكون الملك ينتقل في الهبة والوصية إلى الموهوب له والموصى له . بخلاف العتق فإنه لا ينتقل إلى العبد. وإذا ثبت رجحان الشبه حينئذٍ ثبت اشتراط القبول ؛ لأن العمل بالراجح متعين.

فإن قيل: فما الحكم في انتقال الملك ؟

قيل: فيه روايتان سيأتي ذكرهما مفصلاً إن شاء الله؛ إلا أن المصنف رحمه الله صرح في المغني بأن ظاهر المذهب الانتقال.

فعلى هذا يترجح اشتراط القبول.

وفي قول المصنف رحمه الله: على آدمي معينٍ إشعارٌ بأنه لو وقف على آدميٍّ غير معينٍ ؛ كالفقراء والفقهاء وما أشبه ذلك لم يشترط القبول . وهو صحيح ؛ لأن القبولَ يكون من المستحق ، وهو هاهنا غير معين . فلم يشترط فيه ؛ كالمذكور قبل.

وأما كون الوقف يبطل في حق من لم يقبله على القول باشتراطه ؛ فلأنه تمليكٌ لم يوجد شرطه . فبطل ؛ كالهبة.

وأما كونه يبطل في حق من ردّه ؛ فلأنه يبطل بعدم القبول لما ذكر قبل[1]، فلأن يبطل بالرد بطريق الأولى.

وظاهر كلام المصنف أن البطلان بالرد من فروع اشتراط القبول ؛ لأنه عطفه على عدم القبول، وهو من فروعه.

فعلى هذا إذا قلنا: لا يشترط لم يبطل بردّه، وصرح به في المغني. ووجهه أن جانب الموقوف عليه[2] بالنسبة إلى القبول والرد غير ملحوظٍ . فردّهُ كعدمه.

وقال صاحب النهاية فيها: لا خلاف أنه يرتد بردّه ؛ كالوكيل إذا ردّ الوكالة، وإن لم يشترط لها القبول.

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

وأما كونه لا يبطل في حق من بعده ؛ فلأن المُبطل وُجد من[1] الأول فاختص به.

ولأنه لا قبول في حق من بعده ؛ لأن مقتضاه أن يُقارن الإيجابَ . وهو متعذرٌ فيمن بعده.

وأما كون ذلك إذا بطل في حق من لم يقبل أو ردّ ؛ كما لو وقف على من لا يجوز الوقف عليه ثم على من يجوز ؛ فلأنهما يشتركان في بطلان الوقف على الجهة الأولى . فوجب أن يشتركا في حكمه.

وأما كون الوقف على من لا يجوز ثم على من يجوز يُصرف في الحال إلى من بعده وجهاً واحداً إذا كان من لا يجوز[2] لا يعرف انقراضه كالمجهول ؛ فلأن الواقف قصد صيرورةَ الوقفِ إليه في الجملة، ولا حالة يمكن انتظارها . فوجب الصرفُ إليه ؛ لئلا يفوتَ غرضُ الواقف.

ولأن ذكر من لا يجوز الوقف عليه كعدمه . فوجب أن يُصرف إلى من يجوز ؛ كما لو صرّح به.

وأما كونه يُصرف في الحال إلى من بعده إذا كان من لا يجوز يُعرف انقراضه كعبده وأم ولده على المذهب ؛ فلأنه أحد نوعي الوقف . أشبه الذي قبله.

وأما كونه يُصرف مَصرف الوقف المنقطعِ -وسيأتي ذكره بعد- إلى أن ينقرض من لا يجوز الوقف عليه على وجهٍ ؛ فلأن ذلك إحدى حالتي الانقطاع . أشبهت الأخرى . ثم يصرف إلى من يجوز الوقف عليه ؛ لأنه مُرتبٌ عليه.

قال: (وإن وقف على جهة تنقطع ولم يذكر له مآلاً ، أو على من يجوز ثم على من لا يجوز ، أو قال: وقفتُ وسكتَ : انصرف بعد انقراض من يجوز الوقف عليه إلى ورثة الواقف وقفاً عليهم في إحدى الروايتين . والأخرى إلى أقرب عصبته . وهل يختص به فقراؤهم ؟ على وجهين . وقال القاضي في موضع: يكون وقفاً على المساكين).

أما كون الوقف ينصرف في المواضع المذكورة بعد انقراض من يجوز الوقف

(١) في هـ: في.

(٢) سقط لفظي: لا يجوز من هـ.

عليه إلى ورثة الواقف على روايةٍ ؛ فلأنهم هم الذين صرفَ الله إليهم ماله بعد موته واستغنائه عنه . فكذلك تُصرف إليهم صدقتُه التي لم يُعين لها مصرفاً.

وأما كونه ينصرف إلى أقرب عصبته على روايةٍ ؛ فلأن أقرب عصبته خُص بالعقل عنه وبالميراث بالولاء . فكذلك بهذا.

فعلى هذا لا يدخل في ذلك الزوجات ولا البنات المنفردات ولا ولدُ الأم ؛ لأنهم ليسوا بعصبةٍ . ولا من بعدَ من العصبة ؛ لأنه ليس بأقرب.

وأما كون ذلك يختص به فقراؤهم على وجهٍ ؛ فلأنهم أكمل. والظاهرُ أن الواقف يقصد ذلك.

وأما كونه لا يختص به فقراؤهم على وجهٍ ؛ فلأنه مُسْتَحَقٌّ بالقرابة . فلم يختص به الفقراء ؛ كسهم ذوي القربى.

وأما كونه وقفاً على المساكين على قول القاضي ؛ فلأنهم هم المصرف غالباً . فكذا هاهنا.

وكلام المصنف رحمه الله مشعرٌ بأشياء:

أحدها: أن الوقف في الصور المذكورة صحيح. وتحقيق الكلام فيه: أن الوقف متصلٌ ومنقطع. فالمتصل: أن يقف على جهةٍ يجوز الوقف عليها كزيدٍ أو عمروٍ أو ما أشبه ذلك، ثم على جهةٍ لا يجوز انقراضها بحكم العادة كالمساكين والفقراء والعلماء وما أشبه ذلك ، أو وقف ابتداءً على الجهة المذكورة[1] . فهذا لا خلاف في صحته ؛ لأنه متصلٌ، ويتناوله حديث عمر رضي الله عنه[2].

والمنقطع على أربعة أضرب:

أحدها: منقطعُ الابتداءِ والوسطِ والانتهاءِ ؛ كالوقف على أم ولده ثم على رجلٍ . فهذا لا يصح ؛ لأن الأول والثاني[3] لا يصح الوقف عليه، ولم يذكر مآلاً يرجع الوقف إليه.

فإن قيل: هلاّ صح وكان لورثته أو لأقرب عصبته ؛ كما لو وقف على من

---

(١) في هـ: أو يقصد ابتداء الجهة المذكورة.

(٢) سبق ذكره ص: ١٥٤.

(٣) ساقط من هـ.

يجوز الوقف عليه و لم يذكر له مآلاً ؟

قيل: لأن الصحة فيما ذكر وُجدت في جهة من جهات الوقف ، وسومح في ذكر المآل نظراً إلى كونه معلوماً بالعُرف . بخلاف هذه الصورة . فإنه لم يوجد فيها شيءٌ حكم بالصحة فيه.

وثانيها: منقطعُ الابتداء دون الانتهاء ؛ كالوقف على من لا يجوز الوقف عليه ثم على المساكين . فهذا يصح ؛ لأنه جمع في الوقف بين من لا يجوز وبين من يجوز . فصح ؛ كما لو وقف على من يجوز ثم على من لا يجوز. ومصرفه ما تقدم ذكره.

وثالثها: منقطعُ الوسطِ ؛ كالوقف على من يجوز الوقف عليه ثم على من لا يجوز ثم على المساكين . فهذا أيضاً يصح ؛ لأنه إذا صح منقطع الأول فلأن يصح متصله بطريق الأولى. ومصرفه بعد موت من يجوز ما تقدم ذكره ؛ لأن الوسط هنا كالأول هناك.

ورابعها: منقطعُ الانتهاء ؛ كالوقف على من يجوز الوقف عليه كزيدٍ وعمرٍو وما أشبههما، و لم يذكر مآلاً ، أو على من ذُكر ثم على جهةٍ يُعلم بحكم العادة انقراضها كبني فلان وليسوا بقبيلة . فهذا أيضاً يصح ؛ لأنه وقفٌ معلومُ المصرِف في الجملة . فصح ؛ كما لو كان متصل الانتهاء.

ولأن الإطلاق إذا كان له عرفٌ حمل عليه ؛ كنقد البلد . وعُرْف المصرف هاهنا أولى الجهات به ، وهم من ذكر . فكأنه عنى ذلك.

وثانيها: أن قوله: بعد انقراض من يجوز الوقف عليه يخرج الحكم المذكور فيما إذا قال: وقفتُ وسكتَ ؛ لأنه ليس فيه من يجوز الوقف عليه حتى يُصرف بعد انقراضه إلى من تقدم ذكره. والحكم فيهما واحدٌ ؛ لاشتراكهما في عدم تعيين جهة الصرف.

وثالثها: أن قوله بعد ذكر الورثة: وقفاً عليهم : يدل بمنطوقه على أنه إذا انصرف الوقف إلى الورثة يكون ذلك وقفاً، وبمفهومه على أنه إذا انصرف إلى أقرب العصبة لا يكون وقفاً ؛ لأنه ذكر ذلك في إحدى الروايتين دون الأخرى.

قال المصنف في المغني بعد الحكم بالوقف للورثة: قال القاضي: ويكون وقفاً

عليهم. ثم قال: وظاهر كلام الخرقي خلافه ؛ لأنه ترك ذكر الوقف هاهنا.

وقال في الرواية الأخرى: يكون وقفاً على أقرب العصبة . فتخصيصه إحدى الروايتين بذكر الوقف يدل على أنه لا يكون وقفاً على الأخرى . فإذاً الحاصل من كلام المصنف رحمه الله[1] هنا: تخصيص الورثة بكونه وقفاً عليهم ، وفي المغني حاكياً عن الخرقي تخصيص العصبة بكونه وقفاً عليهم . فيخرج في المسألة فيها[2] وجهان:

أحدهما[3]: يكون وقفاً ؛ لأنه إنما صرف إليهم بوقف مالكه له، والوقف يقتضي التأبيد.

وثانيهما: لا يكون وقفاً ؛ لأنهم صرف إليهم لكونهم أولى، وذلك لا يستلزم الوقف.

قال: (وإن قال: وقفتُه سنة لم يصح . ويحتمل أن يصح. ويصرف بعدها مصرف المنقطع).

أما كون وقف ما ذكر لا يصح على المذهب ؛ فلأن ذلك ينافي التأبيد.

وأما كونه يحتمل أن يصح ؛ فلأن غاية ما يُقَدَّر في ذلك أنه منقطع الانتهاء، وقد بيّنا صحته.

وأما كونه يُصرف بعد السنة مصرف المنقطع ؛ فلأنه منقطع الانتهاء . فكان مصرفه مصرفه.

قال: (ولا يُشترط إخراج الوقف عن يده في إحدى الروايتين).

أما كون الوقف لا يشترط إخراجه عن يد الواقف في رواية ؛ فلأن الوقف تبرعٌ يمنع البيع والهبة والميراث . فلزم بمجرده ؛ كالعتق.

فعلى هذا إذا تلفّظ بالوقف بشرطه لزم وإن لم يُخرجه عن يده.

وأما كونه يشترط ذلك في روايةٍ ؛ فلأنه تبرعٌ . فلم يلزم بمجرده ؛ كالهبة والوصية.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: فيهما.

(٣) ساقط من هـ.

والأولى أصح . قاله صاحب النهاية فيها وفي مختصره ؛ لما تقدم. وفارق الهبة والوصية من حيث إنها تمليك. والوقف تحبيس الأصل وتمليك المنفعة . فكان بالعتق أشبه . فكان ملحقاً به.

فصل [في أحكام الموقوف عليه]

قال المصنف رحمه الله: (**ويَملكُ الموقوفُ عليه الوقفَ . وعنه: لا يملكه . ويملك صوفَهُ ، ولبنَهُ ، وثمرتَهُ ، ونفعَه**).

أما كون الموقوف عليه يملك الوقف على المذهب ؛ فلأن الوقف نقلٌ للملك . فملكه المنتقل إليه ؛ كالهبة والوصية.

وأما كونه لا يملكه على روايةٍ ؛ فلأنه إزالة ملكٍ عن العين والمنفعة ، على وجهِ القربة[1] . بتمليك المنفعة . فلم ينتقل إلى صاحب المنفعة ؛ كالعتق.

ولأنه لو انتقل إليه ؛ لافتقر إلى قبوله ؛ كسائر الأملاك.

والأول أولى ؛ لما ذكر.

ولأنه سببٌ لم يخرج به الملك عن الماليّة . فوجب أن ينتقل إليه ؛ كالهبة والبيع. وفارق العتق من حيث إنه إخراج عن حكم الماليّة.

ولأنه لو كان تمليكاً للمنفعة المجردة لم يلزم ؛ كالعارية والسكنى .

وكلام الإمام أحمد في الرواية الأخرى محمولٌ على أن الموقوف عليه لا يملك التصرف في الرقبة . جمعاً بين الروايتين.

فإن قيل: فعدم ملكه التصرف[2] فيها يدل على عدم ملكه لها.

قيل: لا يلزم من عدم التصرف في الرقبة عدم الملك . بدليل أم الولد . فإنه يملكها، ولا يملك التصرف في رقبتها.

وأما كونه يملك صوفه ولبنه ؛ فلأنهما كثمرته وهو يملكها؛ لما يأتي.

وأما كونه يملك ثمرته ؛ فلأن النبي ﷺ قال لعمر : « إن شئتَ حبَّستَ أصلَها وتصدّقتَ بثمرتها »[3].

وأما كونه يملك نفعه ؛ فلأن ذلك من نمائه . فكان للموقوف عليه ؛ كالثمرة.

---

(١) في هـ: والقربة.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٥٤.

ولأن المقصود من الوقف الانتفاع بمنافعه ؛ لأن الرقبة لا يمكن الانتفاع ببيعها ولا هبتها ولا سائر ما يوجب نقل الملك فيها.

قال: (وليس له وطء الجارية . فإن فعل فلا حد عليه ولا مهر . وإن أتت بولد فهو حرٌّ ، وعليه قيمته يشترى بها ما يقوم مقامه، وتصير أم ولده تعتق بموته، وتجب قيمتها في تركته يشترى بها مثلها تكون وقفاً).

أما كون الموقوف عليه ليس له وطء الجارية الموقوفة ؛ فلأنه لا يؤمن[1] حبلها . فتنقص قيمتُها وتتلف.

ولأن ملكه ناقص ، والوطء لا يُباح معه.

وأما كونه لا حد عليه ؛ فلأن شبهة الملك تَدرأ الحد . فكيف الملك نفسه.

وأما كونه لا مهر عليه ؛ فلأنه لو وجب لوجب له ، والإنسان لا يجب عليه شيء وجب لنفسه.

وأما كون الولد حراً ؛ فلأنه من وطء شبهة.

وأما كون الواطئ عليه قيمتُه ؛ فلأنه فوّت رقّه.

وأما كونه يشترى بالقيمة ما يقوم مقامه ؛ فلأن القيمة بدلٌ عن الوقف . فوجب أن تردّ في مثله.

وأما كون الموطوءة تصير أم ولدٍ للواطئ ؛ فلأنه أحبلها بِحُرٍّ في ملكه.

فإن قيل: إذا قلنا لا يملك الموقوفُ عليه الوقفَ هل تصير أم ولده ؟

قيل: لا. صرح به المصنف في المغني . وعلله بأنه وطئ غير مملوكته.

وأما كونها تعتق بموته ؛ فلأن هذا شأن أم الولد[2].

وأما كون قيمتها تجب في تركته ؛ فلأنه أتلفها على من بعده من البطون.

وأما كونه يشترى بالقيمة مثل الموطوءة تكون وقفاً فلينجبر على البطن الثاني ما فاتهم.

قال: (وإن وطئها أجنبي بشبهةٍ فأتت بولدٍ: فالولد حرٌّ، وعليه المهر لأهل

---

(١) في هـ: يؤمن من.

(٢) في هـ: ولد.

الوقف، وقيمة الولد. وإن أُتلفت فعليه قيمتها يشترى بها مثلهما[1]. ويحتمل أن يملك قيمة الولد هاهنا، ولا تلزمه قيمته إن أولدها).

أما كون الولد فيما ذكر حراً ؛ فلأنه من وطءٍ شبهة.

وأما كون الواطِئ عليه المهر لأهل الوقف ؛ فلأنه عوض المنفعة ، وهي مستحقة لأهل الوقف.

وأما كونه عليه قيمة الولد ؛ فلأن رقّه فات بسببٍ من جهته.

وأما كونه عليه قيمة الأم إذا أتلفت[2] ؛ فلأنه إتلافٌ حصل في ملك الغير أو في مستحق الغير . فوجبت القيمة ؛ كما لو أتلفت مملوكة لإنسان ، أو أم ولده.

وأما كونه يشترى بقيمتها مثلهما على المذهب ؛ فلما تقدم.

ولأنه أقرب إلى الوفاء بشرط الواقف.

وقوله: يشترى بهما : المراد قيمة الأم وقيمة الولد ؛ لما ذكر.

وأما كونه يحتمل أن يملك الموقوف عليه قيمة الولد فيما ذكر هاهنا وأنه لا يلزمه قيمة الولد إن أولدها : أما الأول ؛ فلأنه يملك النماء والولد من النماء . وأما الثاني ؛ فلأن ما لا يملك قيمته لا تلزمه قيمته.

قال: (وله تزويج الجارية ، وأخذ مهرها . وولدها وقف معها. ويحتمل أن يملكه).

أما كون الموقوف عليه له تزويج الجارية ؛ فلأنه عقدٌ على منفعتها . فكان للموقوف عليه ذلك ؛ كالإجارة.

وأما كونه له أخذ مهرها ؛ فلأنه بدل المنفعة ، وهو يستحق المنفعة.

وأما كون ولدها وقفاً معها على المذهب ؛ فلأن ولد كل ذات رحم يثبت لها حرمةٌ حكمُه حكمها ؛ كأمّ الولد والمكاتبة.

وأما كونه يحتمل أن يملكه ؛ فلأنه من نمائها . أشبه بقيّة نمائها.

ولأن نسبة الولد إلى الوالدة كنسبة الثمرة إلى الشجرة ، وهو يملك ثمرة الشجرة . فكذلك يملك ولد الموقوفة.

(١) في هـ: مثلها.
(٢) في هـ: تلفت.

قال: (وإن جنى الوقف خطأ فالأرش على الموقوف عليه. ويحتمل أن يكون في كسبه).

أما كون أرش جناية الوقف خطأ على الموقوف عليه على المذهب ؛ فلأنه ملكه.

ولأنه لا يمكن تعلقها برقبته ؛ لأنه لا يجوز بيعه . فيتعين أن يكون على الموقوف عليه.

وأما كونه يحتمل أن يكون في كسبه ؛ فلأنه لما تعذر تعلقه برقبته لما ذكر وجب أن يتعلق بأقرب الأشياء بالرقبة ، والكسب أقربها.

ولأن النكاح لما تعذر تعلق حقوقه برقبة الزوج تعلقت بكسبه . فكذلك هاهنا.

قال: (وإذا وقف على ثلاثة ، ثم على المساكين : فمن مات منهم رجع نصيبه إلى الآخرين).

أما كون ما ذُكر يرجع إلى الآخرين ؛ فلأنهما من الموقوف عليهم أولاً ، وعودُه إلى المساكين مشروطٌ بانقراض الثلاثة؛ لأنه رتّبَ الاستحقاق بلفظ: "ثم" التي هي للترتيب . فيكون استحقاق المساكين متأخراً عن استحقاق الثلاثة.

وأما قوله: على ثلاثة فمن باب[1] التمثيل ؛ لأن حكم الاثنين والأربعة ونحوهما كذلك.

---

(١) في هـ: مات.

فصل [في شرط الواقف]

قال المصنف رحمه الله: (ويُرجع إلى شرط الواقف في قسمه على الموقوف عليه، وفي التقديم والتأخير ، والجمع والترتيب ، والتسوية والتفضيل ، وإخراج من شاء بصفة وإدخاله بصفة ، وفي الناظر فيه ، والإنفاق عليه ، وسائر أحواله. فإن لم يشترط ناظراً فالنظر للموقوف عليه . وقيل: للحاكم، وينفق عليه من غلته).

أما كونه يُرجع إلى شرط الواقف في جميع ما تقدم ذكره ؛ فلأن الوقف متلقىً من جهته . فاتبع شرطه.

ولأن عمر وقف وشرط فيه شروطاً[1]، ولو لم يجب اتباع الشرط لم يكن في اشتراطه فائدة.

و « لأن ابن الزبير وقفَ على ولدِهِ ، وجعل لِلْمَرْدُودَةِ من بناتهِ أن تَسكنَ غيرَ مُضرةٍ ولا مُضرٍ بها . فإذا استغنتْ بزوجٍ فلا حقَ لها فيه »[2].

فعلى هذا : معنى القسمة أن يقول: لزيدٍ كذا ولعمروٍ كذا[3].

ومعنى التقديم: أن يَقف على أولاده مثلاً ، ويقولً: يقدم الأفقه منهم ، أو الأدين ، أو ما أشبه ذلك.

ومعنى التأخير أن يقول: لولد بني فلان كذا بعد أخذ ولدي[4] فلان كذا.

ومعنى الجمع: أن يقف على أولاده وأولاد أولاده ونسله وعقبه.

ومعنى الترتيب: أن يجعل استحقاق بطن مرتباً على غيره وله ألفاظ:

أحدها: أن يقف على أولاده ثم أولادهم ثم أولاد أولادهم.

---

(١) سبق ذكر حديث عمر ص: ١٥٤.

(٢) علقه البخاري في صحيحه ٣: ١٠٢١ كتاب الوصايا، باب إذا وقف أرضاً أو بئراً واشترط لنفسه مثل دلاء المسلمين.

وأخرجه الدارمي في سننه (٣٢٩٥) ٢: ٢٨٩ كتاب الوصايا، باب في الوقف.

(٣) في هـ: كذا وكذا.

(٤) ساقط من هـ.

الثاني: أن يقف على أولاده وإن نزلوا : الأعلى فالأعلى ، أو الأقرب فالأقرب ، أو الأول فالأول.

الثالث: أن يقف على أولاده . فإذا انقرضوا فعلى أولاد أولاده.

ومعنى التسوية: أن يقف على أولاده بينهم بالسوية.

ومعنى التفضيل أن يقول: للواحد الثلث وللآخر الثلثان.

ومعنى إخراج من شاء بصفة وإدخاله بصفة ما تقدم من قصة ابن الزبير في بناته[1] ونحوه.

ومعنى الناظر أن يقول: فلان الناظرُ . فإن مات ففلان.

ومعنى الإنفاق أن يقول: يعمّر الوقف من المكان الفلاني أو من الكل.

وأما كون النظر للموقوف عليه على المذهب إذا لم يشترط ناظراً ؛ فلأن الريع له، والرقبة : على الصحيح.

وأما كونه للحاكم على قول ؛ فلأن له النظر بالولاية العامة . فحيث لم يصرح الواقف بناظر يجب أن يدخلَ تحت ولايته العامة.

ولا بد أن يُلحظَ في الخلاف المذكور كون الموقوف عليه معيناً . فإن كان غير معين كالفقراء ونحو ذلك كان النظر للحاكم[2] بلا خلاف ؛ لأن ما تقدم من العلة في كون النظر للموقوف عليه موجود في الموقوف عليه المعين مفقودة في الموقوف عليه غير المعين.

وأما كونه يُنفق عليه من غلته ؛ فلأن في الإنفاق عليه إبقاءً له ، ولا جهة له أولى من ريعه.

ولأن العرف يقتضي ذلك . فيكون مُراداً عرفاً.

ولا بد أن يلحظ في هذا القول أن الواقف لم يعين جهة الإنفاق في الوقف . جمعاً بينه وبين ما تقدم.

---

(١) سبق ذكره قريباً.

(٢) ساقط من أ.

قال: (وإن وقف على ولده، ثم على المساكين: فهو لولده الذكور والإناث بالسوية. ولا يدخل فيه ولد البنات. وهل يدخل ولد البنين؟ على روايتين).

أما كون الوقف المذكور للذكور والإناث؛ فلأن اللفظ يشمل الكل.

وأما كونه بالسوية بينهم؛ فلأنه أضافه إليهم إضافة على السواء. فكان بينهم على السوية؛ كما لو وهب لهم شيئاً أو وصّى لهم بشيء أو أقرّ لهم به.

ولأن الله تعالى لما شرّك بين ولد الأم في الميراث[1] كانوا فيه على السواء. فكذا هاهنا.

وأما كونه لا يدخل فيه ولد البنات؛ فلأنه لا ينسب إليه.

وأما كونه يدخل ولد البنين على روايةٍ؛ فلأن ولد الابن ينتسب إليه ويدخل في الإطلاق؛ لأن الله تعالى لما قال: ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ [النساء:١١] دخل فيه ولد الابن.

وأما كونه لا يدخل على روايةٍ؛ فلأن ولد الابن لا يُسمى ولداً حقيقة بل مجازاً، وآية الميراث دلت قرينةٌ على إرادةِ الولد وإن سفل. فحمل اللفظ على مجازه لا على حقيقته.

قال: (وإن وقف على عقبه، أو ولد ولده، أو ذريته: دخل فيه ولد البنين. ونقل عنه: لا يدخل فيه ولد البنات. ونقل عنه في الوصية: يدخلون فيه، وذهب إليه بعض أصحابنا وهذا مثله. وقال أبو بكر وابن حامد: يدخلون في الوقف إلا أن يقول: على ولد ولدي لصلبي فلا يدخلون).

أما كون ولد البنين يدخل في ذلك؛ فلأنه ولد ولده حقيقة وانتساباً. فدخل في ذلك.

وأما كون ولد البنات لا يدخل على المذهب؛ فلأنه لا ينتسب إليه. قال الشاعر:

بَنونا بنو أبنائنا، وبناتُنا ... بنوهنّ أبناء الرجال الأباعدِ

ولأن الله تعالى لما قال: ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ [النساء:١١] لم يدخل فيه

(١) وذلك في قوله تعالى: ﴿وإن كان رجلٌ يورث كلالة أو امرأةٌ... إلخ﴾ [النساء:١٢].

ولد البنات، وكذا قوله: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾[1] [النساء:١١] . ولذلك لا تحجب الأم ولد البنت[2].

فإن قيل: الكلام في شمول ولد الولد لذلك لا في شمول الولد له.

قيل: المراد من الآية الولد وولد الولد وإن سفل. بدليل دخول ولد الابن بالاتفاق فكأنه قال: يوصيكم الله في أولادكم وأولاد أولادكم . وهلمّ جرّا.

وأما كونه يدخل على قول بعض أصحابنا ؛ فلأن أحمد نص عليه في الوصية. وحكم الوقف والوصية واحد . والحجة فيه أن الله تعالى قال: ﴿ونوحاً هدينا من قبلُ ومن ذريته داود وسليمان﴾ إلى قوله: ﴿وعيسى﴾ [الأنعام:٨٤-٨٥] وهو ابن ابنته.

وقال النبي ﷺ عن الحسن: « إن ابني هذا سيد »[3]، وكان ابن ابنته.

ولأن ولد البنت يدخل في التحريم الدال عليه: ﴿حُرِّمت عليكم أمهاتُكم وبناتُكم﴾ [النساء:٢٣].

وأما كونه يدخل إذا لم يقل: على ولد ولدي لصلبي على قول أبي بكر ؛ فلما تقدم من الأدلة.

وأما كونه لا يدخل إذا قال ذلك على قوله ؛ فلأنه ليس من صلبه.

وسوّى المصنف رحمه الله هنا بين قول ابن حامدٍ وبين قول أبي بكر.

وقال في المغني: قال ابن حامد: يدخل فيه ولد البنات. ثم قال: وقال أبو بكر: إن قال: لصلبي لم يدخل ، وإلا دخل.

قال: (وإن وقف على بنيه ، أو بني فلان : فهو للذكور خاصة . إلا أن يكونوا قبيلة فيدخل فيه النساء دون أولادهن من غيرهم).

أما كون الوقف للذكور خاصة إذا لم يكن بنو فلان قبيلة ؛ فلأن "بني" وضع لذلك حقيقة قال الله تعالى: ﴿أصْطَفى البناتِ على البنين﴾ [الصافات:١٥٣] ، وقال تعالى: ﴿أمِ اتخذ مما يخلقُ بناتٍ وأصفاكم بالبنين﴾ [الزخرف:١٦]، وقال: ﴿زُيِّنَ للناس

---

(١) في أ: فإن كان له ولد فلأمه السدس.

(٢) في هـ: تحجب الأم عن الثلث ولد البنت.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٥٧) ٢: ٩٦٢ كتاب الصلح، باب قول النبي ﷺ للحسن بن علي رضي الله عنهما: « ابني هذا سيد... ».

حبُّ الشهوات من النساء والبنين﴾ [آل عمران:١٤]، وقال: ﴿المالُ والبنونَ زينةُ الحياة الدنيا﴾ [الكهف:٤٦].

وقد أخبر في موضع آخر أنهم لا يشتهون البنات بقوله: ﴿ويجعلون لله البنات سبحانه ولهم ما يشتهون ۞ وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مُسْوَدًّا وهو كظيم﴾ [النحل:٥٧-٥٨].

وأما كونه يدخل فيه النساء إذا كانوا قبيلة ؛ فلأنه يقال: جاريةٌ من بني هاشم، وامرأةٌ من بني بكر . ولذلك لما قال الله: ﴿يا بني آدم﴾ [الأعراف:٢٦]، ولما قال: ﴿ولقد كرمنا بني آدم﴾ [الإسراء:٧٠] : دخل فيه الذكر والأنثى.

وأما كونه لا يدخل فيه أولاد النساء من قبيلةٍ غير القبيلة المذكورة ؛ فلأنهم[1] لا ينتسبون إلى القبيلة الموقوف عليها بل إلى غيرها فلم يدخل في مسمى الوقف عليها.

قال: (وإن وقف على قرابته ، أو على قرابة فلان : فهو للذكر والأنثى من أولاده وأولاد أبيه وجده وجد أبيه ؛ لأن النبي ﷺ لم يجاوز بني هاشم بسهم ذوي القربى. وعنه: إن كان يصلُ قرابته من قبل أمه في حياته صُرِف إليهم ، وإلا فلا).

أما كون الوقف المذكور للذكر والأنثى من أولاد من ذُكر على المذهب ؛ فلما علل المصنف. رُوي « أن الله تعالى لما أنزل: ﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى﴾ [الحشر:٧] -يعني قربى النبي ﷺ- أعطى النبيُّ ﷺ قرابته إلى بني هاشمٍ . لم يجاوزهم . ولم يعط من هو أبعد منهم ؛ كبني عبد شمسٍ وبني نوفلٍ ، ولا قرابته من جهة أمه وهم بنو زهرة »[2]. فيجب حمل مطلق كلام

(١) في أ: فلأنه.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٨٠) ٣: ١٤٦ كتاب الخراج، باب في بيان مواضع قسم الخمس وسهم ذي القربى. ولفظه عن جبير بن مطعم قال: « لما كان يوم خيبر وضع رسول الله ﷺ سهم ذي القربى في بني هاشم وبني المطلب، وترك بني نوفل وبني عبد شمس، فانطلقت أنا وعثمان بن عفان حتى أتينا النبي ﷺ فقلنا: يا رسول الله ! هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به منهم فما بال إخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا، وقرابتنا واحدة ؟ فقال رسول الله ﷺ : أنا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا إسلام، وإنما نحن وهم شيء واحد . وشبك بين أصابعه ».

⇦

الموصي على المطلق من كلام الله ، ويجب تفسيره بما فسره به.

فإن قيل: أعطى بني المطلب وهم كبني عبد شمس.

قيل: قد علل إعطاءهم بأنهم لم يفارقوا بني هاشمٍ في جاهليةٍ ولا إسلام.

وأما كونه يُصرف إلى قرابة الأم[1] وهم أقرباؤه من جهة أمه إن كان يصلهم في حياته ، وإلا فلا على روايةٍ ؛ فلأن عطيتهم في حياته قرينةٌ دالةٌ على إرادتهم بالعطية ؛ لما تقدم.

والأول أصح ؛ لما تقدم من فعل النبي ﷺ.

ولأنهم[2] لا يجوز إعطاؤهم إذا لم يكن يصلهم في حال حياته . فكذلك إذا كان يصلهم .

ويمكن أن يجعل إعطاؤهم في حال حياته دليلاً على عدم دخولهم ؛ لأنه لو أراد مساواة الحي بالميت لصرح بدخولهم.

قال: (وأهل بيته بمنزلة قرابته . وقال الخرقي: يُعطى من قبل أبيه وأمه).

أما كون أهل بيته بمنزلة قرابته على المذهب ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « لا تحلُ الصدقةَ لي ولا لأهلِ بيتي »[3]، وفي حديث زيد بن أرقم: « أُذكِّرُكُمُ اللهَ في أهلِ بيتي . قال: قلنا: منْ أهلُ بيته ؟ نساؤه . قال: لا. أصله وعشيرتهُ الذين حرموا الصدقة بعدَه : آلُ علي ، وآلُ العباس ، وآلُ جعفر ، وآلُ عقيل »[4].

وأما كونه يُعطى من قبل أبيه وأمه على قول الخرقي ؛ فلأنه من أهل بيته.

قال: (وقومه ونسباؤه كقرابته . والعترة هم: العشيرة . وذووا رحمه: كل قرابة له من جهة الآباء والأمهات).

أما كون قومه ونسبائه كقرابته ؛ فلأنهما سواء معنى . فكذا يجب أن يكون

⇦

وأخرجه النسائي في سننه (٤١٣٧) ٧: ١٣٠ كتاب قسم الفيء. نحوه.

(١) في هـ: الأهم.

(٢) في هـ: ولأنه.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٧٦٩٩) ٤: ١٨٦.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٤٠٨) ٤: ١٨٧٣ كتاب فضائل الصحابة، باب من فضائل علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

حكماً.

وأما كون العترة هم العشيرة ؛ فلأن ابن قتيبة قال ذلك. ويروى عن أبي بكر أنه قال: « نحن عترة النبي ﷺ »[1].

وأما كون ذوي رحمه كل قرابة له من جهة الآباء والأمهات ؛ فلأن الرحمٍ يشملهما وهي في القرابة منٍ جهة الأم أكثر استعمالاً . فإذا لم يجعل ذلك مرجحا فلا أقل من أن لا يجعل مانعا.

قال: (والأيامى والعزاب : من لا زوج له من الرجال والنساء . ويحتمل أن يختص الأيامى بالنساء ، والعزاب بالرجال).

أما كون الأيامى من لا زوج له من الرجال والنساء على المذهب: أما من الرجال ؛ فلأن الشاعر قال:

فإن تنكحي أنكح ، وإن تتأيمي وإن كنت أفتى منكمٍ أتأيم

وأما من النساء فظاهر ؛ لأنه يختص بهن على قول . فلأن يدخلْنَ فيه بطريق الأولى. قال الله تعالى: ﴿وأنكحوا الأيامى﴾ [النور:٣٢]. والمراد النساء ممن ذكر ، وفي الحديث: « أعوذ بالله من بوار الأيم ».

وأما كون العزاب من لا زوج له من الرجال والنساء على المذهب ؛ فلأنه يقال: رجل عزب ، وامرأة عزبة.

ولأن الرجل إنما سمي عزباً ؛ لانفراده وهذا موجودٌ في المرأة.

وأما كونه يحتمل أنٍ يختص الأيامى بالنساء ، والعزاب بالرجال ؛ فلأن ذلك هو المتبادر إلى الفهم عُرفاً . فوجب حمل اللفظ عليه.

قال: (فأما الأرامل فهن النساء اللاتي فارقهن أزواجهن . وقيل: هو للرجال والنساء).

أما كون الأرامل هن النساء اللاتي فارقهن أزواجهن على المذهب ؛ فلأن هذا الاسم لا يفهم منه في العُرف إلا ذلك.

وأما كون ذلك للرجال وللنساء على قولٍ ؛ فلأن الشاعر قال:

هذي الأرامل قد قَضَّيْتَ حاجتها فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر

والأول أولى ؛ للعرف.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٦٦ كتاب الوقف، باب الصدقة في العترة.

ولأن الأرامل جمع أرملة . فلا يكون جمعاً للذكر ؛ لأن اختلاف[1] المفرد يقتضي اختلاف الجمع . والشِّعْرُ المذكور لا حجة فيه ؛ لأنه لو شمل لفظ الأرامل الذكر والأنثى لقال: حاجتهم ؛ لأن تذكير الضمير عند اجتماع المذكر والمؤنث لازم.

فإن قيل: لِم سمى نفسه أرملاً ؟

قيل: تجوُّزاً . ولهذا وصف نفسه بأنه ذَكَر.

قال: (وإن وقف على أهل قريته ، أو قرابته : لم يدخل فيهم من يخالف دينه . وفيه وجه آخر: أن المسلم يدخل وإن كان الواقف كافراً).

أما كون من يخالف دينُه دينَ الواقف لا يدخل في الوقف المذكور مسلماً كان أو كافراً على المذهب ؛ فلأن الظاهر من حال الموصي أنه لم يرد من يخالف دينه لما بينهما من المنافاة . فيكون ذلك قرينة صارفة للفظ عن عمومه.

ولأن الله تعالى لما أطلق آية الميراث، والأمر بإعطاء ذي القربى : لم يدخل فيهم الكفار . فكذلك هذا.

وأما كون المسلم يدخل في ذلك وإن كان الواقف كافراً على وجهٍ ؛ فلأن عموم اللفظ يدل على ذلك. والأولى جعل الوقف لهم فلا يُصرف الوقف عن الأولى مع اقتضاء اللفظ له . بخلاف الذمي.

والأول أولى ؛ لأن المانع من دخولِ الكافر في وقف المسلم القرينة المذكورة ، وهي موجودة إذا كان الواقف مسلماً وفي أهل قريته وقرابته كافر . فوجب استواؤهما في المنع.

قال: (وإن وقف على مواليه ، وله موال من فوق ومن أسفل : تناول جميعهم . وقال ابن حامد: يختص الموالي من فوق).

أما[2] كون ما ذكر يتناول الجميع على المذهب ؛ فلأن الاسم يتناول الجميع حقيقة وعُرفاً . فدخل الجميع في ذلك ؛ كما لو وقف على إخوته ، وله إخوة لأبوين وإخوة لأب.

ولأنه لو حلف: لا كلمتُ مواليّ حنث بكلام أيهم كان . فكذا هاهنا.

وأما كونه يختص الموالي من فوق على قول ابن حامد ؛ فلأنه أقوى جَنَبَةً .

---

(١) في هـ: الاختلاف.

(٢) في هـ: وأما.

بدليل ثبوت الميراث لهم.

قال: (وإذا وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم وجب تعميمهم والتسوية بينهم، وإلا جاز تفضيل بعضهم على بعض والاقتصار على واحد منهم. ويحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة).

أما كونه يجب التعميم والتسوية فيما إذا وقف على جماعة يمكن حصرهم واستيعابهم كبني فلان الذين ليسوا قبيلة؛ فلأن اللفظ يقتضي ذلك ولا مانع منه. فوجب أن يكون الأمر كذلك؛ كما لو أقرّ لهم بشيء أو وهبهم شيئا.

وأما كونه يجوز تفضيل بعضهم على بعض إذا لم يكن فيهم ذلك كالفقراء والمساكين وبني هاشم وبني تميم وما أشبه ذلك؛ فلأن الملحوظ في مثل ذلك الجنس لا كل فرد.

وأما كونه يجوز الاقتصار على واحدٍ منهم على المذهب؛ فلأن مقصود الواقف أن لا يتجاوز الجنس، وذلك يحصل بالدفع إلى واحدٍ منهم.

وأما كونه يحتمل أن لا يجزئه أقل من ثلاثة؛ فلأنها أقل الجمع.

وحكى المصنف في المغني أن الأول قياس المذهب، والثاني رواية عن أحمد.

قال: (ولا يُدفع إلى واحد أكثرُ من القدر الذي يُدفع إليه من الزكاة إذا كان الوقف على صنف من أصناف الزكاة. والوصية كالوقف في هذا الفصل).

أما كونه لا يُدفع إلى صنفٍ من أصناف الزكاة أكثرُ من القدر الذي يُدفع إليه من الزكاة إذا كان الوقف على ذلك كالفقراء والمساكين، أو بقية الأصناف المذكورة في باب الزكاة؛ فلأن مطلق كلام الآدمي محمول على مطلق كلام الله تعالى.

فعلى هذا إن كان الموقوف عليه الفقراء لم يدفع إلى واحدٍ منهم زيادةٌ على خسمين درهماً؛ لأنه لا يعطى أكثر من ذلك من الزكاة على ظاهر المذهب، وإن كان غارماً أو مكاتباً لم يُعطَ أكثر من غرمه وكتابته؛ لأنه لا يعطى أكثر من ذلك في الزكاة.

وأما كون الوصية كالوقف في هذا الفصل؛ فلأنها تساويه معنى. فوجب أن تساويه حكماً.

فصل [الوقف عقد لازم]

قال المصنف رحمه الله: (والوقف عقدٌ لازم. لا يجوز فسخه بإقالة ولا غيرها. ولا يجوز بيعه إلا أن تتعطل منافعه فيباع ويصرف ثمنه في مثله).

أما كون الوقف عقداً لازماً ؛ فلأن جوازه ينافي مقتضاه ؛ لأن مقتضاه التأبيد ، وذلك لا يقبل الزوال.

وأما كونه لا يجوز فسخه بإقالةٍ ولا غيرها ؛ فلأن ذلك شأن العقود اللازمة المقتضية للتأبيد.

وأما كونه لا يجوز بيعه إذا لم تتعطل منافعه ؛ فلأن النبي ﷺ قال لعمر: « إن شئتَ حَبَّستَ أصلَها وسبّلتَ ثمرتها . غيرَ أنه لا يباعُ أصلُها ولا يوهبُ ولا يورث »[1].

وأما كونه يباع إذا تعطلت منافعه ؛ كدارٍ انهدمت ، أو أرض خربت وعادت مَوَاتاً و لم يمكن عمارتها ؛ فلما روي عن عمرٍ « أنه كتبَ إلى سعد لما بلغه أنه قد نقبَ بيت المال بالكوفة : أن انقل المسجد الذي بالتمَّارين واجعل بيت المال في قبلة المسجد . فإنه لن يزال في المسجد مصل ». وكان هذا بمشهد من الصحابة، و لم يُظهر أحدٌ خلافه . فكان إجماعاً.

ولأن في بيعه استبقاءَ الوقف بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته ؛ كما لو استولد الموقوف عليه الجارية الموقوفة أو قتلها.

ولأن الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض.

ولأن الهدي لو عطب ذُبح في الحال، وإن كان يختص بموضع دون موضع ؛ لأنه لما لم يكن استبقاء المنفعة بالكلية استوفي منها ما أمكن . فكذا هاهنا.

وأما كونه يُصرف ثمنه في مثله ؛ فلأنه أقرب إلى غرض الواقف. وظاهر قول المصنف رحمه الله : في مثله يقتضي أن ذلك متعين.

وقال في المغني: ظاهر كلام الخرقي لو صرف في غير جنسه جاز ؛ لأن

(١) سبق تخريجه ص: ١٥٤.

المقصود المنفعة لا الجنس.

قال: (وكذلك الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو بيع واشتري بثمنه ما يصلح للجهاد).

أما كون الفرس الحبيس إذا لم يصلح للغزو ؛ مثل: أن يتحطم بحيث لا يصلح للقتال ؛ كالوقف إذا تعلطت منفعته في كونه يباع ؛ فلأنه مثله معنى . فكذا يجب أن يكون حكماً.

وأما كونه يُشترى بثمنه ما يصلح للجهاد ؛ فلأجل المحافظة على غرض الواقف.

قال: (وكذلك المسجد إذا لم يُنتفع به في موضعه . وعنه: لا تباع المساجد . لكن تنقل آلتها إلى مسجد آخر . ويجوز بيع بعض آلته وصرفها في عمارته).

أما كون المسجد المذكور كالوقف المتقدم ذكره في جواز البيع على المذهب ؛ فلما تقدم ذكره فيه.

وأما كونه لا يجوز بيعه في رواية ؛ فلأن المسجد آكد من غيره . بدليل جواز وضع الخشب على غيره دونه.

فعلى هذا ينقل آلته إلى مسجدٍ آخر ؛ لما فيه من النفع العائد إلى الوقف. ويباع بعض آلته ؛ لأجل عمارة ذلك.

قال: (وما فضل من حصره وزيته عن حاجته جاز صرفه إلى مسجد آخر والصدقة به على فقراء المسلمين).

أما كون ما فضل مما ذكر يجوز صرفه إلى مسجدٍ آخر ؛ فلأنه انتفاع في جنس ما وقف له . فكان صرفاً له في مثله.

ولأن ذلك يجري مجرى الهدي إذا عطب قبل مَحِلِّه، والهدي يفعل به ذلك . فكذا هذا.

وأما كونه يتصدق بذلك على فقراء المسلمين ؛ فلأن نفع المسجد عامٌّ ، ونفع الفقراء كذلك.

وقال أبو الخطاب: على فقراء جيرانه ؛ لأنهم أحق بمعروفه.

قال: (ولا يجوز غرس شجرة في المسجد. فإن كانت مغروسة فيه جاز الأكل منها. قال أبو الخطاب: إذا لم يكن[1] بالمسجد حاجة إلى ثمنها. فإن احتاج صرف ذلك في عمارته).

أما كونه لا يجوز غرس شجرة في المسجد؛ فلأنه تصرف بغير إذن الواقف وشرطه.

وأما كونه يجوز الأكل منها إذا كانت مغروسة فيه؛ فلأن الشجرة تبعٌ للمسجد. فكما يجوز لكل أحد الانتفاع به. فكذلك له الأكل من الشجرة التي فيه.

وأما كونه لا يجوز الأكل إذا كان المسجد محتاجاً إلى ثمنها؛ فلأن حاجة المسجد مقدمة على غيره.

فعلى هذا يصرف ثمنها في عمارته؛ لأنها مقدمة على غيرها.

فإن قيل: قول المصنف رحمه الله: قال أبو الخطاب للتنبيه على الخلاف أو على تقييد ما أَطلق قبلُ.

قيل: ظاهره التقييد لا الخلاف؛ لأنه ذكره بغير واو.

ولأن المسجد إذا كان محتاجاً لا وجه لجواز الأكل، ولذلك[2] قال بعض أصحابنا: إنما جاز الأكل؛ لأن الجيران عادتهم عمارة المسجد؛ فإذا لم يفعلوا ذلك تعين صرف ثمن ما فيه من الشجرة في عمارته.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: وكذلك.

باب الهبة والعطية

الهبة والعطية والصدقة والهدية معانيها متقاربة. وقد يقوم بعضها مقام بعضٍ. إلا أن الأغلب أن من قَصد بعطائه التقرب سمي صدقة، ومن قصد المحبة سمي هدية. والهبة والعطية تشمل الكل. وكل ذلك مندوبٌ إلى فعله ؛ لما فيه من التوسعة على الغير. وقد حثّ الله سبحانه وتعالى على ذلك في مواضع من كتابه:

- منها: قوله تعالى: ﴿وآتى المال على حبه ذوي القربى واليتامى والمساكين﴾ [البقرة:١٧٧] .
- ومنها قوله تعالى: ﴿إن تُبدو الصدقات فَنِعِمَّا هي وإن تُخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم﴾ [البقرة: ٢٧١] .
- ومنها[١] قوله تعالى: ﴿ويطعمون الطعامِ على حُبِّه مسكيناً ويتيماً وأسيراً﴾ [الإنسان:٨].

وفي الحديث: « من أطعمَ مُؤمناً طَعاماً أطعمهُ الله من ثمارِ الجنة ، ومن سقاهُ ماءً على ظَمأٍ سقاهُ الله من الرحيقِ المختومِ ، ومن كسَا عُرياناً كَساهُ الله من خُضْرِ الجنة »[٢] . رواه بنحوه أبو داود والترمذي.

وقال: « تهادوا تحابوا »[٣].

وفي السنة من ذلك كثيرٌ لا يكاد يحصى.

قال المصنف رحمه الله: (وهي: تمليكٌ في حياته بغير عوض. فإن شَرط فيها عوضاً معلوماً صارت بيعاً. وعنه: يغلب فيها حكم الهبة. وإن شرط ثواباً

---

(١) في هـ: منها.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (١٦٨٢) ٢: ١٢٩ كتاب الزكاة، باب في فضل سقي الماء.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٤٤٩) ٤: ٦٣٣ كتاب صفة القيامة.

(٣) أخرجه مالك في موطئه (١٦) ٢: ٦٩٣ كتاب حسن الخلق ، باب ما جاء في المهاجرة . عن عطاء بن أبي مسلم الخراساني.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٦٩ كتاب الهبات، باب التحريض على الهبة والهدية صلة بين الناس، عن أبي هريرة.

مجهولاً لم يصح . وعنه أنه قال: يرضيه بشيء .

فعلى هذا إن لم يرض فله الرجوع فيها ، أو في عوضها إن كانت تالفة).

أما قول المصنف رحمه الله: "وهي تمليكٌ في حياته بغير عوضٍ" ؛ فبيان لمعنى الهبة والعطية ؛ لأنهما هما المذكوران قبل.

وقوله: "تمليك" يخرج ما ليس بتمليك ؛ كالعارية . فإنها إباحة.

وقوله: "في حياته" يخرج الوصية ؛ لأنها تمليكٌ بعد الموت.

وقوله: "بغير عوض" يخرج عقود المعاوضات ؛ كالبيع والإجارة ونحوهما.

وأما كون الهبة تصير بيعاً إذا شَرط فيها عوضاً معلوماً على المذهب ؛ فلأنها تمليكٌ بعوضٍ معلوم . فكانت بيعاً ؛ كما لو قال: ملكتكَ هذا بدرهم.

وأما كونها يغلب فيها حكم الهبة على روايةٍ ؛ فلأنه وجد لفظها الصريح . فكان المغلب فيها الهبة ؛ كما لو لم يشرط عوضاً.

وفائدة هذا الخلاف أنه إذا قيل: أنها بيعٌ ثبت فيها ضمان الدرك والخيار والشفعة وسائر أحكام البيع. وإذا قيل: أنها هبةٌ يغلب فيها حكم الهبة، لا يثبت فيها الأحكام المختصة بالبيع.

وأما كونها لا تصح إذا شرط فيها ثواباً مجهولاً على المذهب ؛ فلأن الجهالة في عقود المعاملات يفسدها ، وهي موجودة[1] هاهنا.

وأما كونه يرضيه بشيء على رواية ؛ فلأن شرط الثواب ينفي التمليك بلا شيء ، وروى أبو هريرة « أن أعرابياً وهبَ للنبي ﷺ ناقةً . فأعطاهُ ثلاثاً فأبى . فزادَهُ ثلاثاً فأبى . فزادَهُ ثلاثاً فلما كملت تسعاً قال : رضيت. فقال النبي ﷺ : لقد هَمَمْتُ أن لا أتّهبَ إلا من قُرشِي أو أنْصَاري أو ثَقفِي أو دَوْسِي »[2]. وظاهر هذه الرواية أن الهبة المشروط فيها العوض المجهول تصح.

قال المصنف في المغني: ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه أنها تصح ؛ لأنها عقدٌ ، تصح بغير عوض . فلأن تصح بعوضٍ مجهولٍ بطريق الأولى.

وأما كون الواهب على هذه الرواية إن لم يرضَ فله الرجوع فيها ؛ فلأنه يروى

(١) في هـ: موجود.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٢٦٨٧) ١: ٢٩٥.

عن عمر أنه قال: « من وهبَ هبةً أراد بها الثواب فهو على هبتهِ يرجعُ فيها إذا لم يرضَ منها »[1].

وأما كونه له الرجوع في عوضها إن كانت تالفة ؛ فلأن كل عينٍ يجب ردّها إذا كانت باقية يجب ردّ عوضها إذا كانت تالفة.

قال: (وتحصل الهبة بما يتعارفه الناس هبة من الإيجاب والقبول والمعاطاة المقترنة بما يدل عليها ، وتلزم بالقبض . وعنه: تلزم في غير المكيل والموزون بمجرد الهبة).

أما كون الهبة تحصل بما ذكر المصنف رحمه الله ؛ فلأن الهبة تمليكٌ . فتجب بالإيجاب والقبول والمعاطاة ؛ كالبيع.

ولأن الهبة أسهل من البيع . بدليل أنه يصح أن يكون عوضها مجهولاً على روايةٍ فإذا صح البيع بالمعاطاة . فلأن تصح الهبة بها بطريق الأولى.

وأما كونها تلزم بالقبض فلا شبهة فيه ؛ لأن القبض يؤكدها . وهو مشعرٌ بأنها لا تلزم بغير قبض . وهو صحيح . والأصل فيه ما روت عائشة « أن أبا بكر رضي الله عنه نَحَلَها جداد عشرين وَسْقاً من ماله بالغَابَةِ . فلما مرض قال يا بُنية! ما أحد أحبُ إليّ غنًى بعدي منكِ . ولا أحد أعزُّ عليّ فقراً منك . وكنت نَحَلْتُكِ جَداد عشرين وَسْقاً وددت أنكِ حُزْتِيه أو قبضتيه . وهو اليوم مال الوارث أخواكِ وأختاكِ . فاقتسموه على كتاب الله »[2]. ويروى ذلك عن عمر[3]، ولم يعرف لهما مخالف فكان كالإجماع. ولو لزمت بغير القبض لما كان الأمر كذلك.

ولأنها هبةٌ غير مقبوضةٍ . فلم تلزم بغير قبض ؛ كالطعام المأذون في أكله.

وأما كون غير المكيل والموزون يلزم بمجرد الهبة على روايةٍ ؛ فلأن الهبة عقد لازم ينقل الملك . فلم يقف لزومه على القبض ؛ كالبيع.

ولأنه تبرع . فلا يفتقر فيه إلى القبض ؛ كالوقف والوصية.

والأول أصح ؛ لما ذكر.

ودليل الرواية الأخرى منقوض بالمكيل والموزون . فإنه عقد لازم وتبرع مع

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٨٢ كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة.
(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٤٠) ٢: ٥٧٦ كتاب الأقضية، باب ما لا يجوز من النحل.
(٣) أخرجه مالك في الموطأ (٤١) الموضع السابق.

اشتراط القبض فيه.

قال: (ولا يصح القبض إلا بإذن الواهب. إلا ما كان في يد المتّهب فيكفي مضي زمن يتأتّى قبضه فيه. وعنه: لا يصح حتى يأذن في القبض. وإن مات الواهب قام وارثه مقامه في الإذن والرجوع).

أما كون القبض لا يصح إلا بإذن الواهب إذا لم يكن في يد المتّهب ؛ فلأنه لا يجب على الواهب تقبيضه. فوجب أن لا يصح القبض إلا بإذنه ؛ كالرهن.

وأما كونه يكفي مضي زمن يتأتّى قبضه فيه إذا كان في يد المتّهب على المذهب ؛ فلأن إقراره له في يده بمنزلة إذنه في القبض. فلا حاجة إلى إذن صريح.

وأما كونه لا يصح قبضه حتى يأذن الواهب فيه على روايةٍ ؛ فكما لو لم يكن في يده.

وأما كون وارث الواهب يقوم مقامه في الإذن والرجوع ؛ فلأن كل واحدٍ منهما مستحقاً للواهب. فانتقل إلى وارثه ؛ لقوله عليه السلام: « منْ تَرَكَ حَقاً فلِوَرَثتِه »[1].

قال: (وإن أبرأ الغريم غريمه من دينه، أو وهبه له، أو أحَلّه منه: برئت ذمته، وإن رد ذلك ولم يقبله).

أما كون الغريم تبرأ ذمته إذا أبرأه غريمه من دينه ؛ فلأنه إسقاط. فلم يفتقر إلى القبول ؛ كالعتق والطلاق والقصاص والشفعة. وبهذا فارق هبة العين ؛ لأن ذلك تمليكٌ، وهذا إسقاط.

وأما كونه تبرأ ذمته إذا وهبه له أو أَحَلَّه ؛ فلأن هبة ما في الذمة والإحلال منه ؛ كالإبراء معنى. فكذا يجب أن يكون حكماً.

قال: (وتصح هبة المشاع وكل ما يصح بيعه).

أما كون هبة المشاع تصح ؛ فلأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٦٨) ٢: ٨٤٥ كتاب الاستقراض، باب الصلاة على من ترك دَيناً. عن أبي هريرة رضي الله عنه. ولفظه: ((من ترك مالاً فلورثته)).

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩) ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته. عنه مثله.

قال: « سمعتُ النبي ﷺ وقد جاءهُ رجلٌ ومعه كُبّةٌ من شَعْر . فقال: أخذتُ هذه من المغنم[1] لأصلح بَرْدَعَةً لي . فقال النبي ﷺ: ما كان لي ولبني عبدالمطلب فهو لك »[2]. وهذه هبة مشاع.

و « لما جاء[3] وفد هوازن يطلبون من رسول الله ﷺ [أن يرد عليهم][4] ما غنم منهم. فقال: ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم »[5].

وأما كون هبة ما يصح بيعه تصح ؛ فلأن الهبة تمليك . فإذا صح البيع في شيء . علم أنه قابل للتمليك.

قال: (ولا تصح هبةُ المجهول ، ولا ما لا يُقدر على تسليمه).

أما كون هبة المجهول لا تصح ؛ فلأن الهبة عقد تمليك . فلم تصح في المجهول ؛ كالبيع.

فإن قيل: الوصية تمليكٌ وتصح.

قيل: قد خولف في الوصية في أشياء . بخلاف الهبة . ثم يمكن أن يقال تمليك في حياة . أشبه البيع . فلا ترد إذاً ؛ لأنها تمليكٌ بعد الموت.

قال: (ولا يجوز تعليقها على شرط ، ولا شرط ما ينافي مقتضاها ؛ نحو: أن لا يبيعها ولا يهبها . ولا توقيتها ؛ كقوله: وهبتك هذا سنة . إلا في العُمْرَى . وهو أن يقول: أعمرتُكَ هذه الدار، أو أرْقَبْتُكَها، أو جعلتُها لك عمركَ أو حياتكَ: فإنه يصح . وتكون للمعمر ولورثته من بعده . وإن شرط رجوعها إلى المعمر[6] عند موته، أو قال: هي لآخرنا موتاً : صح الشرط . وعنه: لا يصح وتكون للمعمر ولورثته).

أما كون الهبة لا يجوز تعليقها على شرطٍ ؛ نحو أن يقول: إن جاء زيدٌ فقد

---

(١) في هـ: الغنم.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٦٩٤) ٣: ٦٣ كتاب الجهاد، باب في فداء الأسير بالمال.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٨٨) ٦: ٢٦٣ كتاب الهبة، هبة المشاع.

(٣) في هـ: جاز ، وهو تصحيف.

(٤) ساقط من هـ.

(٥) أخرجه النسائي في سننه (٣٦٨٨) ٦: ٢٦٣ كتاب الهبة، هبة المشاع.

(٦) سقط لفظي: إلى المعمر من هـ.

وهبتك هذه الدار ، وما أشبه ذلك ؛ فلأنها تمليكٌ في حياة لمعين . فلم يجز تعليقها على شرطٍ ؛ كالبيع.

وأما كونها لا يجوز فيها شرط ما ينافي مقتضاها ؛ كما مثل المصنف رحمه الله ؛ فلأنها عقدٌ شرط فيه ما ينافي مقتضاه . فلم يجز ؛ كالبيع.

وأما كونها لا يجوز توقيتها في غير [العمرى ؛ كما مثل المصنف رحمه الله ؛ فلأنه تعليقٌ لانتهاء الهبة . أشبه ابتداؤها.

وأما كون][1] العمرى والرقبى تصح ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائزة لأهلها »[2]. رواه أبو داود والترمذي. وقال: حديث حسن.

فإن قيل: فقد قال النبي ﷺ: « لا تُعْمِرُوا ولا تُرْقِبُوا »[3]. نهى . والنهي يقتضي الفساد.

قيل: لو اقتصر على ذلك لكان كذلك . لكنه لم يقتصر بل قال بعده: « فمنْ أَعْمَرَ عُمْرَى فهي للذي أُعْمِرَهَا حياً وميتاً »[4] . فيكون النهي إذاً ورد على سبيل الإعلام بأن من أعمر أو أرقب بعد ذلك يكون للمعمر والمرقب[5] ولورثته من بعده.

وأما كونها للمعمر ولورثته من بعده ؛ فلقوله عليه السلام: « فهيَ للذي أُعْمِرَهَا حياً وميتاً ولِعَقِبِه »[6] رواه مسلم.

وأما كونها إذا شرط رجوعها إلى المعمر عند موته ، أو قال: هي لآخرنا موتاً يصح على المذهب ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « المسلمون على شروطهم »[7] ، ولما

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٥٨) ٣: ٢٩٥ كتاب البيوع، باب في الرقبى.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥١) ٣: ٦٣٣ كتاب الأحكام، باب ما جاء في الرقبى.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٥٦) ٣: ٢٩٥ كتاب البيوع، باب من قال فيه ولعقبه.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٧٣٢) ٦: ٢٧٣ كتاب العمرى، ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى.

(٤) سيأتي تخريجه في الحديث التالي.

(٥) في هـ: والمرقبى.

(٦) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٥) ٣: ١٢٤٦ كتاب الهبات، باب العمرى.

(٧) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح.

روى جابر قال: « إنما العُمْرَى التي أجازَ رسول الله ﷺ أن يقولَ : هي لكَ ولعَقِبِكَ . فأما إذا قال : هي لكَ ما عِشْتَ . فإنها ترجعُ إلى صَاحبهَا »[1]. متفق عليه.

وأما كونه لا يصح على روايةٍ ؛ فلأنه لو صح لكانت العمرى والرقبى هبة مؤقتة، والهبة لا يجوز توقيتها.

فإن قيل: مقتضى هذا أن لا تصح العمرى والرقبى.

قيل: الشرط ليس على المعمر ، وإنما هو على الورثة، وإذا[2] كان كذلك لم يكن الشرط مع المعقود معه بل مع غيره . فلم يؤثر في البطلان[3].

وأما كون ذلك للمعمر ولورثته ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « فهيَ للذي أُعمرَهَا حياً وميتاً ولعَقِبِه »[4].

وقال ﷺ: « لا رقبى . فمن أرقبَ شيئاً فهو له حياته وموته »[5].

ولأن الشرط إذا فسد بقي مطلق العقد ، وذلك موجبٌ لنقله إلى الورثة.

⇦

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس.

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٥) ٣: ١٢٤٦ كتاب الهبات، باب العمرى. ولم أجده في البخاري.

(٢) في هـ: إذا.

(٣) في ج: في الصحة.

(٤) سبق تخريجه قريباً.

(٥) أخرجه النسائي في سننه (٣٧٣٢) ٦: ٢٧٣ كتاب العمرى، ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر جابر في العمرى.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٨٢) ٢: ٧٩٦ كتاب الهبات، باب الرقبى.

فصل [في عطية الأولاد]

قال المصنف رحمه الله: (والمشروع في عطية الأولاد القسمة بينهم على قدر ميراثهم. فإن خص بعضهم أو فضّله فعليه التسوية بالرجوع أو إعطاء الآخر حتى يستووا. فإن مات قبل ذلك ثبت للمعطي. وعنه: لا يثبت وللباقين الرجوع. اختاره أبو عبدالله بن بطة).

أما كون المشروع في عطية الأولاد ما ذُكر ؛ فلأن الله تعالى قسم الميراث بينهم كذلك، وأولى ما اقتدي بقسمة الله تعالى. وفي الحديث عن النعمان بن بشير قال: « تصدقَ عليّ أبي ببعض ماله . فقالت أمي عمرة بنت رواحة : لا أرضَى حتى يَشهدَ عليها رسول الله ﷺ . فجاء أبي إلى رسول الله ﷺ . فقال: أَكُلَّ ولدكَ أعطيتَ مثلَه ؟ قال: لا . قال: اتقوا الله واعدلوا في أولادكم. فرجعَ أبي . فردَّ تلكَ الصدقة »[1].

وفي لفظ: « لا تُشهدني على جَور »[2].

وفي لفظ: « سوِّ بينهم »[3] . حديث صحيح متفق عليه.

ولأن تخصيص بعضهم أو تفضيله يورث البغضة والعداوة وقطيعة الرحم فمنع منه ؛ كتزويج المرأة على عمتها وخالتها.

ولأن العطية في الحياة إحدى حالتي العطية . فوجب أن يكون كحالة الموت.

ولأن العطية في الحياة استعجال لما يكون بعد الموت . فيجب أن يكون على حسبه ؛ كما أن معجل الزكاة يخرجها على صفة أدائها بعد وجوبها.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٤٧) ٢: ٩١٤ كتاب الهبة وفضلها، باب الإشهاد في الهبة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٣) ٣: ١٢٤٢ كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٠٧) ٢: ٩٣٨ كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جورٍ إذا أشهد.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٣) ٣: ١٢٤٣ الموضع السابق.

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (١٨٣٨٥) ٤: ٢٦٨.

ولأن الذكر أحوج من الأنثى . من قبل أن الصداق والنفقة على الذكر ، والأنثى بالعكس.

وفي قول المصنف رحمه الله: في عطية الأولاد تنبيهٌ على أن عطية الأقارب غيرهم لا يشرع فيها ذلك. وصرح بذلك في المغني ؛ لأنها عطية لغير الأولاد . فلم يجب ذلك فيها ؛ كما لو كانوا غير وارثين.

ولأن[1] الأصل إباحة تصرف الإنسان في ماله كيف شاء. وإنما وجب ذلك بين الأولاد بالخبر، وليس[2] غيرهم في معناهم . فيبقى على مقتضى الأصل.

وقال أبو الخطاب: حكمهم حكم الأولاد ؛ لأنهم في معناهم.

وفرّق المصنف بينهم من حيث إن الأولاد استووا في بر والدهم، وفي الحديث: « أيسركَ أن يَسْتَوُوا في بِرّكَ ؟ قال: نعم. قال : سوِّ بينهم »[3].

ولأن الأب يرجع في عطية ابنه . فيتمكن من التسوية بالرجوع . بخلاف بقية الأقارب.

وأما كون المعطي المذكور: عليه التسوية بالرجوع، أو إعطاء الآخر حتى يستووا ؛ فلأن النبي ﷺ قال في بعض ألفاظه: « سوِّ بينهم »[4].

ولأن كل واحدٍ من الأمرين تسوية.

وأما كون ذلك يثبت للمعطى له إذا مات المعطي على المذهب ؛ فلأن أبا بكر رضي الله عنه لما وهب لعائشة النحل قال: « وددتُ لو أنكِ حُزْتِيه »[5] . فلو تمكّن الوارث من أخذه بعد الحيازة لم يكن في ذلك فائدة.

ولأنها عطية لولده . فلزمت بالموت ؛ كما لو انفرد.

وأما كونه لا يثبت على رواية ؛ فلأن النبي ﷺ سماه جوراً بقوله: « لا أَشهد

---

(١) في هـ: فلأن.

(٢) في هـ: ليس.

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٣٦٨٠) ٦: ٢٦٠ كتاب النحل، ذكر اختلاف ألفاظ الناقلين لخبر النعمان بن بشير في النحل. نحوه.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٧٥) ٢: ٧٩٥ كتاب الهبات، باب الرجل ينحل ولده. نحوه.

(٤) سبق تخريجه ص: ١٩٢.

(٥) سبق تخريجه ص: ١٨٧.

على جَور »[1]. والجور حرام لا يحل للفاعل فعله ولا للمعطى له تناوله، والموت لا يخرجه عن كونه جوراً . فيجب ردّه.

و « لأن أبا بكر وعمر أمراً قيسَ بن سعد بِرَدّ قسمةِ أبيه حين ولدَ لهُ ولدٌ لم يكنْ لهُ علمٌ بِه ».

فعلى هذا لبقية ورثة المعطي الرجوع ؛ لأنه لم يثبت للمعطى له . فكان لبقية ورثة المعطي الرجوع كموروثهم[2].

ولأن الرجوع حق لموروثهم . فكان لهم ؛ لقوله عليه السلام: « من تَرَكَ حقاً فلوَرَثَتِه »[3].

قال: (وإن سوّى بينهم في الوقف ، أو وقف ثلثه في مرضه على بعضهم : جاز . نصّ عليه . وقياس المذهب: أن لا يجوز).

أما كون التسوية بين أولاده في الوقف ؛ مثل: أن يجعل للذكر مثل الأنثى يجوز . بخلاف الهبة على المنصوص ؛ فلأن الوقف لا ينتقل رقبته إلى الموقوف عليه على قول، وعلى القول بالانتقال ينتقل على وجهٍ من القصور ؛ لأنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا التصرف في رقبته بحال . بخلاف الهبة.

ولأنه يجوز أن يخصص بعضهم بالوقف دون بعض ؛ لأن الزبير خصص المردودة من بناته دون المستغنية[4] . فلأن يجوز التفضيل بينهم بطريق الأولى.

وأما كونها لا يجوز على قياس المذهب ؛ فلأن الصحيح من المذهب أن الموقوف عليه يملك الوقف لما تقدم. وعلى تقدير عدم الملك هو يملك المنفعة بلا خلافٍ وهي المقصودة. وبالغ القاضي حتى قال: المستحب في الوقف التسوية ؛ لأن القصد القربة على وجه الدوام وقد استووا فيها.

وقال المصنف في المغني[5]: ما ذكره القاضي لا أصل له . وهو ملغى بالميراث

---

(١) سبق تخريجه ص: ١٩٢.

(٢) في هـ : وأما كون الباقين من ورثة المعطي لهم الرجوع ؛ فلأنه لم يثبت للمعطى . فكان لبقية ورثة المعطى كمورثهم.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

(٤) سبق ذكره ص: ١٧٣.

(٥) ساقط من هـ.

والعطية. وحديث الزبير يدل على الاختصاص لمعنى مقصودٍ ، وذلك يجوز مثله في العطية . فلا فرق.

وأما كونه يجوز وقف ثلثه على بعض ورثتِه في مرضِ موتهِ على المذهبِ ؛ « فلأنّ عمرُ جعلَ أمرَ وقفهِ إلى حفصةَ تأكلُ منه وتشتري رَقيقاً »[1].

ولأن الوقف ليس في معنى المال ؛ لأنه لا يجوز التصرف فيه . فهو كعتق الوارث.

وأما كونه لا يجوز على قياس المذهب ؛ فلما تقدم.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله: أنه لا نقل عن الإمام فيما ذكر من أنه لا يجوز ؛ لأنه جعل ذلك قياس المذهب . وفي وقف الثلث روايةٌ مصرحٌ بها . ذكرها أبو الخطاب وغيره .

ورجح المصنف رحمه الله في المغني عدم الجواز وعلله بنحو ما تقدم.

ولأنه تخصيصٌ لبعض الورثة بماله في مرضه . فمنع منه ؛ كالوصية. وحديث عمر ليس فيه تخصيص لبعض الورثة بالوقف ؛ لأنه جعل[2] إليها الولاية، وليس ذلك وقفاً عليها.

قال: (ولا يجوز لواهب أن يرجع في هبته . إلا الأب . وعنه: ليس له الرجوع . وعنه: له الرجوع إلا أن يتعلق به حق أو رغبة ؛ نحو : أن يتزوج الولد أو يفلس) .

أما كون الواهب لا يجوز أن يرجع في هبته إذا كان غير أب ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « العائدُ في هبتهِ كالعائدِ في قَيْئِه »[3]، وفي لفظ: « كالكلبِ يعودُ في قَيْئِه »[4]

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٧٩) ٣: ١١٧ كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٧٨) ٢: ٩٢٤ كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٢) ٣: ١٢٤١ كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٤٩) ٢: ٩١٥ كتاب الهبة، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها.

وأخرجه مسلم في الموضع السابق.

متفق عليه.

وأما كون الأب يجوز أن يرجع على المذهب ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « ليسَ لأحدٍ أن يُعطي عطيةً فيرجعَ فيها . إلا الوالدَ فيما يعطي ولدَه »[1] رواه الترمذي. وقال: حديث صحيح.

وعن النبي ﷺ أنه قال: « لا يَرجعُ واهبٌ في هبتهِ . إلا الوالدَ من ولَدِه »[2].

وأما كونه ليس له الرجوع على روايةٍ ؛ فلعموم ما تقدم.

وأما كونه له الرجوع إن لم يتعلق بالموهوب حقٌ أو رغبة، وكونه ليس له الرجوع إن تعلق به ما ذكر على روايةٍ : أما الأول ؛ فلعموم الأحاديث المتقدمة .

وأما الثاني ؛ فلما فيه من الإضرار بالغير . وصار ذلك شبيهاً بالعبد المأذون إذا لزمه ديون فإنها تتعلق بذمة سيده على روايةٍ ؛ لأن السيد حينئذٍ كالغارّ لمن عامله وهذا موجودٌ هنا.

قال: (وإن نقصت العين، أو زادت زيادة منفصلة : لم تمنع الرجوع والزيادة للابن . ويحتمل أنها للأب . وهل تمنع المتصلة الرجوع ؟ على روايتين).

أما كون الزيادة المنفصلة لا تمنع الرجوع ؛ فلأن الرجوع في الأصل دون النماء ممكن.

وأما كون الزيادة للابن على المذهب ؛ فلأنها حدثت في ملكه.

وأما كونه يحتمل أنها للأب ؛ فلأنها زيادة في الموهوب . فملكها الأب ؛

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٣٩) ٣: ٢٩١ كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٩٩) ٣: ٥٩٣ كتاب البيوع، باب ما جاء في الرجوع في الهبة.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٩٠) ٦: ٢٦٥ كتاب الهبة، رجوع الوالد فيما يعطي ولده وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٧٧) ٢: ٧٩٥ كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه.

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٣٦٨٩) ٦: ٢٦٤ كتاب الهبة، رجوع الوالد فيما يعطي ولده وذكر اختلاف الناقلين للخبر في ذلك.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٣٧٨) ٢: ٧٩٦ كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه.

كالمتصلة.

وأما كون المتصلة تمنع الرجوع على المذهب ؛ فلأن الرجوع بدون الزيادة المتصلة متعذرٌ، وبها يلزم منه أخذ ملك الغير.

وأما كونها لا تمنع على روايةٍ ؛ فلأنها زيادة . فلم تمنع الرجوع ؛ كالمنفصلة.

قال: (وإن باعه المتهب ، ثم رَجَعَ إليه بفسخ أو إقالة : فهل له الرجوع ؟ على وجهين . وإن رجع إليه ببيعٍ أو هبة لم يملك الرجوع).

أما كون ما يَرجع إلى الموهوب له بفسخٍ أو إقالةٍ هل للواهب الرجوع ؟ على وجهين ؛ فلأن منشأه أن الملك العائد بذلك هل هو كالملك الذي لم يزُل ، أم لا ؟ وفيه خلافٌ تقدم ذكره في المفلس.

فعلى القول بأنه كالملك الذي لم يزل يرجع ؛ لأنه كالمشبه[1] به. وعلى القول بأنه كالذي زال لا يرجع لذلك.

وأما كون ما رجع إليه[2] ببيعٍ أو هبةٍ لا يملك الواهب الرجوع فيه ؛ فلأن الملك ثانياً غير الملك أولاً.

قال: (وإن وهبه[3] المتهب لابنه لم يملك أبوه الرجوع . إلا أن يرجع هو).

أما كون الأب لا يملك الرجوع إذا لم يرجع ابنه ؛ فلأن ملك الابن زال . فلم يملك أبوه الرجوع ؛ كما لو وهبه لغير ابنه.

وأما كونه يملك الرجوع إذا رجع إليه ؛ فلأن المانع من الرجوع زوال ملك الابن ، وقد عاد إليه.

(١) في هـ: كالشبه.
(٢) في هـ: به.
(٣) في هـ: هبه.

قال: (وإن كاتبه أو رهنه لم يملك الرجوع . إلا أن ينفكّ الرهن وتنفسخ الكتابة . وعن أحمد في المرأة تهب زوجها مهرها: إن كان سألها ذلك ردّه إليها رضيت أو كرهت ؛ لأنها لا تهب له إلا مخافة غضبه أو إضرار بها بأن يتزوج عليها).

أما كون الواهب لا يملك الرجوع في المكاتب والمرهون ما داما كذلك ؛ فلأن حق المرتهن والمكاتب متعلقٌ بذلك ، والرجوع يبطله . فلم يجز ؛ لما فيه من الإضرار بالغير.

وأما كونه يملك الرجوع إذا انفك الرهن وانفسخت الكتابة ؛ فلأن المنع كان لحق المرتهن والمكاتب ، وقد زال.

وأما قول المصنف: وعن أحمد في المرأة تهب زوجها إلى آخره فتنبيهٌ على أن المرأة إذا وهبت زوجها مهرها لها أن ترجع به في روايةٍ مع الشرط المذكور وإن كانت غير أبٍ ؛ لأنه لما قال قَبْلُ: ولا يجوز لواهب أن يرجع في هبته كان ذلك شاملاً للزوجة وغيرها. وفي الزوجة خلافٌ ذكره هاهنا، وعلله بما تقدم ذكره.

وتحقيق الكلام في ذلك: أن في الزوجة في الجملة إذا وهبت زوجها روايات:

إحداها: لا رجوع لها ؛ لما تقدم.

والثانية: لها الرجوع ؛ لأنه روي عن عمر أنه قال: « إن النساءَ يعطينَ أزواجهنّ رَهْبَةً ورغبَة . فأيما امرأةٍ أعطتْ زَوْجَهَا شيئاً ثم أرادَتْ أن تَقْتَصِرَهُ : فهيَ أحقُ بِه »[1] رواه الأثرم.

والثالثة: إن وهبته مهرها عن مسألة فلها الرجوع ويجب على الزوج ردّه إليها وإن كرهت ؛ لأن الظاهر من حالها يدل على عدم طيب نفسها بذلك وإباحة ذلك مشروطة بطيب النفس . بدليل قوله تعالى: ﴿فإن طبن لكم عن شيءٍ منه نفساً﴾ [النساء: ٤].

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٦٥٦٢) ٩: ١١٥ كتاب المواهب، باب هبة المرأة لزوجها.

فصل [في مال الولد]

قال المصنف رحمه الله: (وللأب أن يأخذ من مال ولده ما شاء . ويتملكه مع حاجته وعدمها في صغره وكبره إذا لم تتعلق حاجة الابن به).

أما كون الأب له أن يأخذ من مال ولده ما شاء ؛ فلما روت عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: « إن أطيبَ ما أكلتُمْ من كَسْبِكمْ ، وإن أولادَكمْ من كَسْبِكُم »[1]. رواه الترمذي. وقال : حديث حسن.

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ : « أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ فقال: إن أبي احتاجَ مالي . فقال: أنتَ ومالُكَ لأبيك »[2]. رواه الطبراني في معجمه.

ورواه غيره وزاد[3]: « إن أولادَكُمْ من أطيبِ كَسبكم . فَكلُوا من أموالهم »[4].

وأما كونه له أن يتملكه ؛ فلأنه من جاز له أخذ شيء جاز له أن يتملكه . دليله: الأشياء المباحة.

وأما كونه له ذلك مع الحاجة وعدمها ومع صغر الولد وكبره ؛ فلعموم ما تقدم. وإنما اشترط عدم حاجة الولد في ذلك ؛ لأن حاجة الإنسان مقدمة على دَيْنه . فلأن تقدم على أبيه بطريق الأولى.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٢٩) ٣: ٢٨٩ كتاب البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده.
أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٨) ٣: ٦٣٩ كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده. واللفظ له.
وأخرجه النسائي في سننه (٤٤٥٠) ٧: ٢٤١ كتاب البيوع، باب الحث على الكسب.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩٠) ٢: ٧٦٨ كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده.

(٢) أخرجه الطبراني في الكبير (٦٩٦١) ٧: ٢٣٠ عن سمرة، و (١٠٠١٩) ١٠: ٩٩ عن ابن مسعود.
وأخرجه في الصغير ١: ٨ عن ابن مسعود أيضاً.

(٣) في هـ: وزاد غيره.

(٤) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩٢) ٢: ٧٦٩ كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده.

قال: (وإن تصرف فيه قبل تملكه ببيع أو عتق أو إبراء من دين لم[1] يصح تصرفه . وإن وطئ جارية ابنه فأحبلها صارت أم ولد له ، وولده حرٌّ لا تلزمه قيمته ، ولا مهر ، ولا حد . وفي التعزير وجهان).

أما كون الأب لا يصح تصرفه في مال ولده قبل تملكه ؛ فلأن الأب لا يملك ملك ولده . بدليل أن الابن كامل التصرف في ماله يصح بيعه له وهبته ووطء جاريته، ولو كان ذلك لغيره أو مشتركاً لم يجز جميع ذلك. وكون الأب له حق الانتزاع . بدليل ما تقدم لا يلزم منه صحة التصرف . دليله: ما إذا وهبه شيئاً فإنه له أن يرجع فيه مع أنه لا يصح تصرفه فيه.

وأما كون جارية ولده تصير أم ولدٍ له إذا أحبلها ؛ فلأن إحبال الأب لها يوجب نقل ملك الجارية إليه . وحينئذٍ يكون الوطء مصادفاً للملك ، وذلك يوجب صيرورتها أم ولدٍ له . ضرورة مصادفة الوطء الملك.

وأما كون الولد حراً ؛ فلأنه من وطء شبهة.

[وأما كون الأب لا تلزمه قيمة الولد ولا مهر ؛ فلأن الابن لا يجب له على أبيه شيء ؛ لما يأتي.

وأما كونه لا يلزمه حدٌّ؛ فلأنه وطءٌ بشبهة][2]، وذلك يدرأ الحد.

وأما كونه يعزر في وجه ؛ فلأنه وطئ وطئاً محرماً لا حد فيه . أشبه ما لو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره.

وأما كونه لا يعزر[3] في وجهٍ ؛ فلأنه لا يقتص منه بالجناية على ولده . فلا يعزر بالتصرف في ماله.

قال: (وليس للابن مطالبة أبيه بدين ، ولا قيمة متلف ، ولا أرش جناية ، ولا غير ذلك . والهدية والصدقة نوعان من الهبة).

أما كون الابن ليس له مطالبة أبيه بدينٍ ؛ فلما روي « أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ بأبيهِ يقتضيهِ دَيناً عليه فقال: أنتَ ومالُكَ لأبيك » . رواه الخلال بإسناده.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) مثل السابق.

(٣) في هـ: يعز.

وروى الزبير بن بكار بإسناده « أن رجلاً استقرضَ من ابنهِ[1] مالاً . فحبسهُ فأطالَ في حبسهِ . فاستعدَى عليه الابنُ عليَّ بن أبي طالب . وذكرَ قصتهُ في شعرٍ . فأجابهُ أبوه بشعرٍ أيضاً . فقال علي بن طالب:

قد سمعَ القاضي ومن ربى الفَهَم
المال للشـــيخ جزاء بالنعم يأكله برغم أنف من رَغَم
من قال قولاً غير ذا فقد ظلم وجار في الحكم وبئس ما جرَم ».

ولأن ذلك إحدى نوعي الحقوق . فلم يملك الابن مطالبة أبيه به ؛ كحقوق الأبدان.

وأما كونه ليس له مطالبته ببقية ما ذُكر ؛ فلأنه بالتلف والجناية يصير في ذمته . فهو دينٌ أو كالدين.

وأما كون الهدية والصدقة نوعين من الهبة ؛ فلأن الهبة التبرع بالمال في الحياة . فإن قصد بها المحبة كانت هدية، وإن قصد بها القربة كانت صدقة.

ولأنهما اسمان يشملهما اسم الهبة . وذلك شأن نوعي الجنس . دليله: الإنسان والفرس مع الحيوان.

(١) في هـ: أبيه.

فصل في عطية المريض

قال المصنف رحمه الله: (أما المريض غير مرض الموت، أو مرضاً غير مخوف؛ كالرمد، ووجع الضرس، والصداع، ونحوه: فعطاياه كعطايا الصحيح سواء. تصح من جميع ماله. وإن كان مرض الموت المخوف؛ كالبِرْسام، وذات الجنب، والرّعاف الدائم، والقيام المتدارك، والفالج في ابتدائه، والسّل في انتهائه، وما قال عدلان من أهل الطب[1] أنه مخوف: فعطاياه كالوصية في أنها لا تجوز لوارث ولا تجوز لأجنبي بزيادة على الثلث إلا بإجازة الورثة؛ مثل: الهبة والعتق والكتابة والمحاباة).

أما كون عطايا المريض غير مرض الموت أو مرضاً غير مخوف كعطايا الصحيح سواء تصح من جميع ماله؛ فلأن مقتضى الدليل صحة تصرف الإنسان في جميع ماله. تُرك العمل به في عطية المريض المرض المخوف المتصل بالموت؛ لما يأتي. فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه.

وأما كون عطايا المريض مرض الموت المخوف؛ كما مثل المصنف رحمه الله؛ كوصيته في أنها لا تجوز لوارثٍ ولا لأجنبي بزيادةٍ على الثلث: أما في العتق؛ فلما روى عمران بن حصين «أن رجلاً أعتقَ ستة أعبدٍ له عندَ موتهِ لم يكن له مالٌ غيرهم. فبلغَ ذلك رسول الله ﷺ. فدعاهمْ فجزأهمْ ثلاثةَ أجزاءٍ. فأقرعَ بينهمْ. فأعتقَ اثنينِ وأَرَقَّ أربعة. وقالَ لهُ قَولاً شَديداً»[2]. رواه مسلم.

وأما في بقية التصرفات؛ فلأن العتق إذا لم يجز إلا من الثلث مع سرايته. فغيره أولى.

ولأن العطية في المرض عطية في حال الظاهر منه الموت. فلم يجز لوارثٍ بشيء

---

(١) في هـ: الطيب، وهو تصحيف.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٦٨) ٣: ١٢٨٨ كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٩٥٨) ٤: ٢٨ كتاب العتق، باب فيمن أعتق عبيداً له لم يبلغهم الثلث.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٤) ٣: ٦٤٥ كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يعتق مماليكه عند موته وليس له مال غيرهم. قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

ولا لأجنبيٍ بزيادةٍ على الثلث ؛ كالوصية.

وأما المرض غير[1] المخوف والمخوف ؛ فكما ذكر المصنف رحمه الله.

قال: (**فأما الأمراض الممتدة ؛ كالسل ، والجذام ، والفالج في دوامه . فإن صار صاحبها صاحب فراش فهي مخوفة ، وإلا فلا . وقال أبو بكر : فيه وجه آخر أن عطيته من الثلث**).

أما كون الأمراض المذكورة مخوفة إذا صار صاحبها صاحبَ فراش ، وغير مخوفة إذا لم يصر على المذهب ؛ فلأن العادة قاضية بذلك.

وأما كون العطية من الثلث فيما ذكر من غير تفصيلٍ على قول أبي بكر ؛ فلأنها مخوفة في الجملة . فوجب إلحاقها بالمخوف من غير تفصيلٍ ؛ لمكان المخوف في الجملة.

وحكى المصنف في المغني أن أبا بكر ذكر في صاحب الأمراض الممتدة وجهاً: أن عطيته من صلب ماله . ثم علله بأنه لا يخاف تعجيل الموت منه وإن كان لا يبرأ فهو كالهرم. وظاهر هذا التناقض . إلا أن يكون أبو بكر قال مرة: هو من الثلث ومرة هو من صلب المال. بيان التناقض إذا لم يكن كذلك : أن ما قاله في المغني: إما أن يحمل على غير صاحب الفراش أو عليهما : أما الأول ؛ فظاهر . وأما الثاني ؛ فلأن أحد مدلوليه غير صاحب الفراش فيجيء المعنى المذكور قبل.

فإن قيل: هلاّ يحمل على صاحب الفراش ؟

قيل: لأنه إن أريد الخصوص به صارت العطية من صاحب الفراش من صلب المال . فلا يتوجه قول أبي بكر أن عطية غير صاحب الفراش من الثلث ؛ لأن من يخشى تلفه غالباً لا تكون عطيته من الثلث . فما ظنك بمن لا يخشى موته غالباً ، وإن أريد به هو وغير صاحب الفراش فقد تقدم. وطريق السلامة من التناقض أن يكون النقل وجده مرة[2] كذا ومرة كذا.

قال: (**ومن كان بين الصفين عند التحام الحرب ، أو في لجّة البحر عند هيجانه ،**

(١) ساقط من هـ.

(٢) ساقط من هـ.

أو وقع الطاعون بلده، أو قُدم ليُقتصّ منه، والحامل عند المخاض: فهو كالمريض. قال الخرقي: وكذلك الحامل إذا صار لها ستة أشهر. وقيل عن أحمد: ما يدل على أن عطايا هؤلاء من المال كله).

أما كون من كان بين الصفين ... إلى الحامل عند المخاض كالمريض على المذهب؛ فلأن الغالب في هذه الصور حصول التلف. فكان ملحقاً بالمريض المخوف مرضه؛ لأنه في معناه من جهة الخوف.

وأما كون الحامل إذا صار لها ستة أشهر كالمريض على قول الخرقي؛ فلأن ذلك وقت يمكن فيه الولادة، وهي من أسباب التلف.

قال المصنف في المغني: والصحيح أنه إذا ضربها الطلق كان مخوفاً؛ لأنه ألمٌ شديدٌ يخاف منه التلف. وأما قبل ذلك فلا؛ لعدم الألم، واحتمال وجوده خلاف العادة. فلا يثبت الحكم لاحتمال[1] بعيد.

وأما كون عطايا من تقدم ذِكره من المال كله على قولٍ عن أحمد؛ فلأنه لا مرض بهم. أشبهوا الصحيح الخالي عما ذكر.

قال: (وإن عجز الثلث عن التبرعات المنجزة بُدئ بالأول فالأول. فإن تساوت قسّم بين الجميع بالحصص. وعنه: يقدم العتق).

أما كون ما ذُكر يُبدأ بالأول فالأول؛ فلأن الأول فالأول استحق الثلث. فلم يسقط بما بعده.

وأما كونه يقسم بين الجميع بالحصص على المذهب إذا تساوت؛ فلأنهم تساووا في الحق. فقسم بينهم بالحصص؛ كالميراث.

وأما كونه يقدم العتق على روايةٍ؛ فلأنه آكد لكونه مبنياً على السراية والتغليب.

قال: (وأما معاوضة المريض بثمن المثل فتصح من رأس المال، وإن كانت مع وارث. ويحتمل: أن لا تصح لوارث).

أما كون معاوضة المريض بما ذكر تصح مع غير وارثٍ فلا شبهة فيه؛ لأنه إنما

---

(١) في هـ: باحتمال.

يعتبر من الثلث التبرع. وليس هذا تبرعاً.

وأما كونها تصح مع الوارث على المذهب ؛ فلأنه لا تبرع فيها ولا تهمة . أشبه الأجنبي.

وأما كونه يحتمل أن لا تصح ؛ فلأنه لا يصح إقراره له . فلا يصح بيعه بالقياس عليه.

فإن قيل: في إقراره له تهمة . بخلاف المعاوضة بثمن المثل.

قيل: وفي المعاوضة تهمة ؛ لأنه يحتمل أن يواطئه ويظهر دفع الثمن وليس الأمر كذلك في الباطن.

قال: (**وإن حابا وارثه : فقال القاضي: يبطل في قدر ما حاباه ويصح فيما عداه وللمشتري الخيار ؛ لأن الصفقة تبعضت في حقه فإن كان له شفيع فله أخذه . فإن أخذه فلا خيار للمشتري . وإن باع المريض أجنبياً وحاباه وكان شفيعه وارثاً فله الأخذ بالشفعة ؛ لأن المحاباة لغيره**).

أما[1] كون المعاوضة تبطل في قدر المحاباة ؛ فلأن المحاباة[2] كالوصية، والوصية لوارث باطلة . فكذا المحاباة.

وأما كونها تصح فيما عداه ؛ فلأن البيع اقتضى الصحة والمانع منه فيما تقدم المحاباة . وهي هاهنا مفقودة.

وأما كون المشتري له الخيار ؛ فلما ذكر المصنف رحمه الله من أن الصفقة تبعضت في حقه وذلك أنه يصح البيع في بعض المبيع دون بعض ، وذلك تبعيضٌ . وفيه ضرر.

وأما كون الشفيع له أخذه إذا كان له ؛ فلأن الشفعة تجب بالبيع الصحيح ، وقد وُجد.

وأما كون المشتري لا خيار له إذا أخذه الشفيع ؛ فلأن ضرره يزول بأخذه ؛ لأن الخيار ثبت لضرر التشقيص والتبعيض، وبأخذه بالشفعة يزول ذلك.

وأما كون الوارث له الأخذ بالشفعة إذا باع المريض أجنبياً شريكاً له وحاباه ؛

(١) في هـ: وأما.

(٢) سقط لفظي: فلأن المحاباة من هـ.

فلما علل المصنف رحمه الله من أن المحاباة لغيره. وفي تعليله تنبيهٌ على الفرق بين أن تكون المحاباة له ، وبين أن تكون المحاباة لغيره ثم اتصلت إليه ؛ لأن أصل المحاباة إنما منع منها في حق الوارث ؛ لما فيها من التهمة في إيصال المال إلى بعض الورثة المنهي عنه شرعاً، وهذا المعنى مفقود فيما إذا أخذ بالشفعة ما وقعت فيه المحاباة.

قال: **(ويعتبر الثلث عند الموت . فلو أعتق عبداً لا يملك غيره ، ثم ملك مالاً يَخرج من ثلثه تبينّا أنه عتق كله . وإن صار عليه دين يستغرقه[1] لم يعتق منه شيء)**.

أما كون الثلث يعتبر في العطية عند الموت ؛ فلأن العطية ملحقةٌ بالوصية ، والثلث فيها يعتبر عند الموت . فكذا ما أُلحق بها.

وأما كوننا نتبين أن العبد عتق كله إذا أعتقه وهو لا يملك غيره ، ثم ملك مالاً يخرج من ثلثه ؛ فلأنه يخرج من الثلث حين الموت ، وذلك هو المعتبر ؛ لما تقدم.

وأما كونه لا يعتق من العبد شيءٌ إذا صار عليه دينٌ يستغرقه ؛ فلأن العتق إنما ينفذ من الثلث بعد الدين، وهذا لم يُخلِّف شيئاً يَفْضُل عن الواجب من الدين.

---

(١) في هـ: يستغرق قيمته.

فصل [فيما تفارق العطية الوصية]

قال المصنف رحمه الله: (وتفارق العطية الوصية في أربعة أشياء:

أحدها: أنه يُبدأ بالأول فالأول منها. والوصايا يُسوّى بين المتقدم والمتأخر منها.

والثاني: أنه لا يملك الرجوع في العطية. بخلاف الوصية.

الثالث: أنه يعتبر قبوله للعطيّة عند وجودها، والوصية بخلافه).

أما كون العطية تفارقُ الوصية في البداءة بالأول فالأول منها دون الوصايا ؛ فلأن الأول فيها راجحٌ على ما بعده . ضرورة سبقه له في الاستحقاق . بخلاف الأول في الوصية فإنه وإن سبق في القول إلا أنه مساوٍ لما بعده في النقل عند الموت.

وأما كونها تفارقها في أن المعطي لا يملك الرجوع فيها . بخلاف الوصية ؛ فلأن الهبة تلزم بالإيجاب والقبول والقبض ، وذلك موجودٌ في العطية دون الوصية.

ولأن قوله عليه السلام: « العائدُ في هبتهِ كالعائدِ في قَيْئه »[1] يدل على عدم الرجوع في العطية، وليست الوصية في معناها.

وأما كونها تفارقها في أنه يعتبر القبول للعطية عند وجودها . بخلاف الوصية ؛ فلأن العطية تمليكٌ في الحال . فاعتبر قبولها عند وجود ذلك . بخلاف الوصية فإنها تمليكٌ بعد الموت . فاعتبر عند وجوده.

قال: (والرابع: أن الملك يثبت في العطية من حينها ، ويكون مُراعاً . فإذا خرج من الثلث عند الموت تبينا أن الملك كان ثابتاً من حينه . فلو أعتق في مرضه عبداً أو وهبه لإنسان ثم كسب في حياة سيده شيئاً ثم مات سيده فخرج من الثلث كان كسبه له إن كان معتقاً وللموهوب له إن كان موهوباً ، وإن خرج بعضه فلهما من كسبه بقدر ذلك).

أما كون العطية تفارق الوصية في أن الملك يثبت فيها من حين العطية . بخلاف الوصية ؛ فلأنها تمليكٌ في الحال . فوجب أن تثبت حينئذٍ . عملاً بموجبه.

(١) سبق تخريجه ص: ١٩٥.

وأما كون الملك مراعاً ؛ فلأن الثلث معتبرٌ عند الموت.

وأما كوننا نتبين ثبوت الملك حين العطية إذا خرج من الثلث عند الموت ؛ فلأن المانع من ثبوته كونه زائداً على الثلث . وقد تبين خلافه.

وأما كون الكسب للمعتق إن كان معتقاً ، وللموهوب له إن كان موهوباً فيما إذا أعتق في مرضه عبداً أو وهبه لإنسان ثم كسب في حياة سيده شيئاً ثم مات سيده فخرج من الثلث ؛ فلأن الكسب تابعٌ لملك الرقبة . فإذا خرج من الثلث تبينا أن العتق والهبة نافذان فيه . فيتعين كون الكسب للمعتق ، والموهوب له للتبعية.

وأما كون المعتق والموهوب له لهما من الكسب بقدر ما يخرج إذا خرج بعضه ؛ فلما ذكر من أن الكسب تابعٌ للرقبة.

قال: (فلو أعتق عبداً لا مال له سواه . فكسب مثل قيمته قبل موت سيده : فقد عتق منه شيء ، وله من كسبه شيء ، ولورثة سيده شيئان فصار العبد وكسبه نصفين يعتق منه نصفه وله نصف كسبه وللورثة نصفهما . وإن كسب مثلي قيمته : صار له شيئان ، وعتق منه شيء ، وللورثة شيئان . فيعتق ثلاثة أخماسه وله ثلاثة أخماس كسبه والباقي للورثة . وإن كسب نصف قيمته : عتق منه شيء ، وله نصف شيء من كسبه ، وللورثة شيئان . فيعتق ثلاثة أسباعه ، وله ثلاثة أسباع كسبه ، والباقي للورثة . وإن كان موهوباً لإنسان فله من العبد بقدر ما عتق منه ، وبقدره من كسبه).

أما كون ما عتق في جميع ما تقدم شيئاً مُنَكَّراً ؛ فلأن به ينفك الدَّوْر . وذلك أنه قد تقدم أن الكسب يتبع ما تنفذ[1] فيه العطية دون غيره ، وذلك يلزم من الدَّوْر ؛ لأن للعبد من كسبه بقدر ما عتق وباقيه لسيده فيزداد به مال السيد وتزداد الحرية لذلك ويزداد حقه من كسبه فينقص به حق السيد من الكسب وينقصُ بذلك قدر المعتق منه.

وأما كون العبد له من كسبه شيءٌ إذا كسب مثل قيمته، وكونه يصير له شيئان إذا كسب مثلي قيمته، وكونه له نصف شيء إذا كسب نصف قيمته ؛ فلما

(١) في هـ: نفذ.

تقدم من أن الكسب يتبع العتق . فإذا عتق شيء وكان كَسَب مثل قيمته كان له من كسبه شيء ؛ لأنه مثله. وإذا كان كسبه مثلي قيمته صار له شيئان ؛ لأنهما مثلاه. وإذا كان كَسَب نصف قيمته كان له نصف شيء ؛ لأنه مثله.

وأما كون الورثة لهما شيئان في جميع ما ذكر ؛ فلأن لهم مثلي ما عتق.

وأما كون المعتق نصف العبد إذا كسب مثل قيمته ؛ فلأن العبد إذا كانت قيمته مثلاً مائة وكسب مائة وقسمت ذلك على أربعة أشياء: شيء للمعتق ، وشيء للعبد بكسبه ، وشيئين للورثة حصل لكل شيء خمسون : فيعتق من العبد نصفه ؛ لأنه عتق منه شيء . وقد تبين أن الشيء خمسون ، وذلك نصف العبد ، ويحصل من كسبه خمسون ؛ لأن له بكسبه شيئاً، وقد تبين أنه خمسون، ويحصل للورثة مائة ؛ لأن لهم منه شيئين . ثم إذا أردت تصحيح ذلك فَضُمَّ قيمة القدر المعتق إلى ما في يد الورثة يكن[1] الجميع مائة وخمسين . فقد عتق منها قدرُ خسمين وهو قدرُ الثلث.

وقول المصنف رحمه الله: فصار العبد وكسبه نصفين معناه: أنه صار مقسوماً نصفين ؛ لأن العبد لما استحق بعتقه شيئاً ، وبكسبه شيئاً : كان له في الجملة شيئان ، وللورثة شيئان . ومعلوم أن ذلك إذا اجتمع يكون للعبد نصفٌ وللورثة نصف إلا أن قسمة العبد والكسب على أربعة أشياء أجود من ضم الأشياء . ثم يقسم نصفين ؛ [لأن بالأول يبين مقدار الشيء فيعلم مقدار العتق . بخلاف القسمة نصفين][2] فإنه يحتاج إلى نظر آخر ؛ ليبين مقدار العتق.

وأما كون المعتق ثلاثةَ أخماس العبد إذا كسب مثلي قيمته ؛ فلأن العبد إذا كانت قيمته مثلاً مائة ، وكسبه مثلي قيمته وهما مائتان، وقسمت مجموع ذلك وهو ثلاثمائة على خمسة أشياء: ثلاثة للعبد، وشيئين للورثة وجدت كل شيء يعدل ستين ، وذلك ثلاثة أخماس العبد.

وأما كون المعتق ثلاثةَ أسباعه إذا كَسَب نصف قيمته ؛ فلأن العبد إذا كانت قيمته مثلاً سبعين ، وكسب خمسة وثلاثين ، وقسمت المائة والخمسة على ثلاثة

---

(١) في هـ: يكون.

(٢) ساقط من هـ.

أشياء ونصف: للعبد شيء بعتقه، ونصف شيء بكسبه، وللورثة شيئان : وجدت الشيء يعدل ثلاثين، وذلك ثلاثة أسباع العبد.

وأما كون الباقي للورثة في جميع ما ذكر ؛ فلأنه ملكهم.

وأما كون الموهوب له : له من العبد بقدر ما عتق ؛ فلأن القدر الموهوب يعدل القدر المعتق.

وأما كونه له من كسبه بقدر ما ملك من العبد ؛ فلأن الكسب يتبع الملك . فيلزم أن يملك من الكسب بقدر ما ملك من العبد.

قال: (وإن أعتق جارية ثم وطئها، ومهر مثلها نصف[1] قيمتها : فهو كما لو كسَب نصف قيمتها يعتق منها ثلاثة أسباعها).

أما كون المهر كالكسب ؛ فلأن مهر الأمة من كسبها فكأنها كسبت نصف قيمتها.

وأما كونها يعتق منها ثلاثة أسباعها ؛ فلأنها لو كسبت نصف قيمتها لعتق منها ثلاثة أسباعها ؛ لما تقدم . فكذا فيما هو بمنزلته، وفي هذا نظر من حيث إن الكسب يزيد به ملكُ السيد، وذلك يقتضي الزيادة في العتق، والمهر ينقصه، وذلك يقتضي نقصان العتق.

قال: (ولو وهبها مريضاً آخر لا مال له أيضاً . فوهبها الثاني للأول : صحت هبة الأول في شيء، وعاد إليه بالهبة الثانية ثلثه بقي لورثة الآخر ثلثا شيء وللأول شيئان فلهم ثلاثة أرباعها ولورثة الثاني ربعها).

أما كون الهبة في هذه المسألة تصح في شيء مُنَكَّرٍ ؛ فلأن فيها دوراً ؛ لأن هبة الأول لا تُعلم إلا أن يُعلم مقدار العائد بالهبة الثانية، ولا يُعلم العائد بالهبة الثانية حتى يعلم مقدار ما تصح فيه الهبة الأولى.

فإن قيل: ينبغي أن يكون لورثة الأول شيئان وثلث ؛ لأن لهم مقابلة الهبة أولاً شيئين، وقد عاد إليهم ثلث شيء بالهبة الثانية.

قيل: لا ؛ لأنهم لا يستحقون إلا مثلي قدر التبرع عند الموت، وقدره عند

---

(١) في هـ: مثلها مثل نصف.

الموت شيء. فلو كان لهم شيئان وثلث لكان ذلك أكثر من مثلي التبرع.

قال: (وإن باع مريض قفيزاً لا يملك غيره يساوي ثلاثين بقفيز يساوي عشرة: فأسقط قيمة الرديء من قيمة الجيد، ثم انسب الثلث إلى الباقي وهو عشرة من عشرين تجده نصفها. فيصح البيع في نصف الجيد بنصف الرديء، ويبطل فيما بقي).

أما كون قيمة الرديء تسقط من قيمة الجيد؛ فليعلم الباقي حتى ينسب الثلث إليه.

وأما كونه ينسب الثلث إلى الباقي؛ فليعلم مقدار ما يصح البيع فيه؛ لأن الصحة تتبع النسبة.

وأما كونه فيما ذكر نصفها. فظاهر.

وأما كونه يصح البيع في بعض الجيد ببعض الرديء؛ فلأن ذلك مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند تعذر أخذ جميعه بجميع الثمن. أشبه ما لو اشترى سلعتين بثمن. فانفسخ البيع في إحداهما لعيبٍ أو غيره.

وأما كون ذلك النصف؛ فلأنه تابعٌ للنسبة، وقد تبين أنها هنا بالنصف. وعلى هذا فَقِسْ.

وأما كونه يبطل فيما بقي؛ فلانتفاء المقتضي للصحة.

فإن قيل: هلاّ صح في الجيد بقدر قيمة الرديء، ويبطل في غيره؟

قيل: لوجهين: أحدهما: أنه يفضي إلى الربا؛ لأنه حينئذٍ يصح في ثلث الجيد بكل الرديء، وذلك رباً.

وثانيهما: أن المحاباة في البيع وصية، وفيما ذكر إبطال لها؛ لأنه لا يحصل بها شيء، وفي صحة النصف المذكور إشعارٌ بصحة بيع المريض المذكور وإن اشتمل على محاباة. وهو صحيح؛ لأنه بيعٌ. فيدخل في عموم قوله: ﴿وأحل الله البيع﴾ [البقرة: ٢٧٥].

ولأنه بيع صَدَر من أهله في محله. فصح؛ كغير المريض.

ولأن غاية ما[1] في ذلك المحاباة ، وله فعلها صريحاً . فلأن يكون له فعلها ضمناً بطريق الأولى.

قال: (وإن أصدق امرأة عشرة لا مال له غيرها ، وصداقُ مثلها خمسة فماتت قبله ثم مات : فلها بالصداق خمسة ، وشيء بالمحاباة . رَجَع إليه نصف ذلك بموتها . صار له سبعة ونصف إلا نصف شيء يعدل شيئين . اجبرها بنصف شيء ، وقابل يخرج الشيء ثلاثة : فلورثته ستة ولورثتها أربعة . وإن مات قبلها ورثته وسقطت المحاباة . نص عليه . وعنه: تعتبر المحاباة من الثلث . قال أبو بكر: هذا قولٌ قديمٌ رَجع عنه).

أما كون المرأة لها بالصداق خمسة فيما إذا ماتت قبله ثم مات ؛ فلأنها مهر مثلها.

وأما كونها لها شيء بالمحاباة ؛ فلأن المحاباة كالوصية ولو أوصى[2] لها بذلك لكان لها شيء . فكذا المحاباة.

وأما كون نصف الخمسة والشيء يَرجع إلى الزوج بموتها ؛ فلأن الزوج يرث نصف ما لامرأته إذا لم يكن لها ولدٌ ، والأمر هاهنا كذلك.

وأما كون الزوج يصير له سبعة ونصف إلا نصف شيء ؛ فلأنه كان له خمسة إلا شيئاً ، وورث اثنين ونصفاً[3] ونصف شيء.

وأما كون ذلك يعدل شيئين ؛ فلأنه مثلا ما استحقته المرأة بالمحاباة وذلك شيء.

وأما كونه يجبر بنصف شيء ؛ فليعلم.

وأما كونه يقابل . ومعناه: أنه يزداد على الشيئين نصف شيء ؛ فليقابل ذلك النصف المزاد.

وأما كون الشيء يخرج ثلاثة ؛ فلأن السبعة والنصف إذا قسمت على شيئين ونصفٍ كان الشيء ثلاثة.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: وصى.

(٣) في هـ: ونصف.

وأما كون ورثة الزوج لهم ستة ؛ فلأن لهم شيئين.

وأما كون ورثة المرأة لهم أربعة ؛ فلأن المرأة بقي[1] لها من العشرة اثنان ونصف ونصف شيء، وقد تبين أن الشيء ثلاثة فنصفه أحد ونصفٌ . فإذا ضممتها إلى الاثنين والنصف كانت أربعة .

وإن أردت إيضاح ذلك فقل: صح الصداق في خمسة وشيء : أما الخمسة ؛ فلأنها مهر المثل ، ومهر المثل يعتبر من رأس المال. وأما الشيء فبالمحاباة ، ونكر[2] ليعلم بعد ذلك . ثم رَجَع إليه نصف الخمسة والشيء بالإرث ؛ لأنه زوجها. ويجب أن يقدر أنها لا ولد لها ؛ لأن الزوج إنما يرث ذلك مع عدمه فيصير مجموع ما له من الأصل والميراث سبعةً ونصفاً إلا نصف شيء ؛ لأنه كان قد بقي له من العشرة خمسة إلا شيئاً . ثم ورث اثنين ونصفاً ونصف شيء . فإذا أضفت ذلك إلى ما بقي له كان ذلك . اجبر نصف شيء بنصف شيء تكنِ سبعة ونصفاً ، وقابل تكن شيئين ونصفاً . فالسبعة والنصف تعدل[3] شيئين ونصفاً . فإذا قسمتها على ذلك خرج الشيء ثلاثة . وحينئذٍ يصح أن يقال: صح الصداق في ثمانية رجع إلى الزوج أربعة وله من الأصل اثنان . صارت الجملة ستة وبقي لورثة الزوج أربعة.

وأما كون المرأة ترث الزوج إذا مات قبلها ؛ فلأنها زوجته.

وأما كون المحاباة تسقط على منصوص أحمد ؛ فلأنها محاباة لوراث. وكلام المصنف رحمه الله مشعرٌ بأن سقوط المحاباة من أجل الإرث ؛ لأنه ذكره مرتباً عليه، وذِكْر الحكم مرتباً على الوصف مشعرٌ بأنه علته .

فعلى هذا لو كانت غير وارثة كالكافرة ونحوها لم تسقط المحاباة ؛ لعدم العلة.

وأما كون المحاباة تعتبر من الثلث على رواية ؛ فلأنها حين المحاباة لم تكن وارثة.

والأولى أصح ؛ لما تقدم.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: وذكر.

(٣) في هـ: تدل.

والعبرة في المحاباة بالموت ؛ لأنها معتبرةٌ بالموت في الثلث . فكذا في كونها وارثة.

فصل

قال المصنف رحمه الله: (ولو ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه أعتقه في صحته عتق ولم يرثه. ذكره أبو الخطاب ؛ لأنه لو ورثه لكان إقراره لوارث وكذلك على قياسه: لو اشترى ذا رحمه المحرم في مرضه وهو وارثه، أو وصى له به، أو وهب له فقبله في مرضه. وقال القاضي: يعتق ويرث).

أما كون ابن العم يعتق بالإقرار المذكورِ ؛ فلأن إقرار المريض في ذلك كإقرار الصحيح.

وأما كونه لا يرثه على ما ذكره أبو الخطاب ؛ فلما ذكر المصنف من أنه لو ورثه لكان إقراراً لوارث. وتحقيقه: أنه يلزم من إرثه بطلان إقراره. ثم يلزم منه بطلان إرثه لبطلان الإقرار المثبت له.

وأما كونه يرث على قول القاضي ؛ فلأنه حرٌّ حين موت موروثه ليس بقاتل[1] ولا مخالفٍ لدينه. أشبه ما لو لم يقرّ به.

وأما كون بقية الصور المذكورة كصورة[2] الإقرار ؛ فلأنها في معناها.

قال: (ولو أعتق أمته وتزوجها في مرضه لم ترثه على قياس الأول. وقال القاضي: ترثه).

أما كون الأمة المذكورة لا ترث زوجها على قياس الأول ؛ فلأن إرثها يفضي إلى بطلان عتقها ؛ لما تقدم ذكره.

وأما كونها ترثه على قول القاضي ؛ فلما تقدم في تعليل قوله فيما ذكر قبل.

---

(١) في هـ: يقابل.

(٢) في هـ: كصور.

قال: (ولو أعتقها وقيمتها مائة ، ثم تزوجها وأصدقها مائتين لا مال له سواهما وهي مهر مثلها ، ثم مات : صح العتق ولم تستحق العتق ؛ لئلا يفضي إلى بطلان عتقها ثم يبطل صداقها . وقال القاضي: تستحق المائتين).

أما كون العتق يصح ؛ فلأنه صَدَر من أهله في محلّه.

وأما كون الزوجة لا تستحق الصداق على قول غير القاضي ؛ فلما ذكر المصنف رحمه الله من التعليل.

ووجه إفضاء استحقاق الصداق إلى بطَلان العتق: أنها إذا استحقت الصداق لم يبق له شيء سوى قيمة الأمة المقدر بقاؤها . فلا ينفذ العتق في كلها ؛ لكون الإنسان محجوراً عليه في التصرف في مرضه في جميع ماله، وإذا بطل العتق في البعض بطل النكاح، وإذا بطل النكاح بطل الصداق.

وأما كونها تستحق المائتين على قول القاضي ؛ فلأنهما مستحقان بعقد[1] المعاوضة . أشبه ما لو تزوج غيرها.

قال: (وإن تبرع بثلث ماله ، ثم اشترى أباه من الثلثين : فقال القاضي: يصح الشراء ولا يعتق . فإذا مات عتق على الورثة إن كانوا[2] ممن يعتق عليهم. ولا يرث ؛ لأنه لم يعتق في حياته).

أما كون الشراء يصح ؛ فلأن شراء المريض صحيح.

وأما كون الأب لا يعتق في الحال ؛ فلأن ابنه اشتراه بما هو مُسْتَحَقٌّ للورثة بتقدير موته.

وأما كونه يعتق على ورثة المشتري إذا مات ؛ فلأنهم ملكوا من يعتق عليهم.

واشترط المصنف رحمه الله: أن يكونوا ممن يعتق عليهم ؛ مثل: أن يكونوا أولاد ابنه ؛ لأن الجد يعتق على أولاد ابنه احترازاً من أن يكونوا ممن لا يعتق عليهم كإخوة ابنه لأمه وما أشبه ذلك.

وأما كونه لا يرث ؛ فلما ذكر المصنف رحمه الله ؛ لأن من شرط الإرث كونه حراً حين الموت ، ولم يوجد.

(١) في هـ: بقدر.

(٢) في هـ: كان.

كتاب الوصايا

الوصايا: جمع وصية. مثل: العطايا جمع عطية .

والأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عليكم إذا حضر أحدكم الموتُ إنْ ترك خيراً الوصيةُ﴾ [البقرة:١٨٠]، وقوله تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أودين﴾ [النساء:١١].

وأما السنة ؛ فما روى سعد بن أبي وقاص قال: « جاءني رسولُ الله ﷺ عامَ حجةِ الوداعِ يعودني من وجعٍ اشتدّ بي . فقلتُ : يا رسولَ الله ! قد بلغَ بي من الوجعِ ما ترى . وأنا ذو مال[1] ولا يرثني إلا ابنةٌ . أفأَتصدّقُ بثلُثي مالي ؟ قال : لا . قلتُ : فبالشطرِ ؟ قال: لا . قلت: فبالثلثِ ؟ قال: الثلثُ والثلثُ كثير . إنكَ أن تذرَ ورثتكَ أغنياء ، خيرٌ من أن تَذرَهُمْ عالةً يتكفّفونَ الناس »[2].

وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: « ما حَقُ[3] امرئٍ مسلمٍ ، لهُ شيء يُوصي فيهِ ، يَبيتُ ليلتينِ إلا ووصيتهُ مكتوبةٌ عندَه »[4] متفق عليهما.

قال المصنف رحمه الله: (**وهي : الأمر بالتصرف بعد الموت . والوصية بالمال هي: التبرع به بعد الموت . وتصح من البالغ الرشيد ، عدلاً كان أو فاسقاً ، رجلاً أو امرأة ، مسلماً أو كافراً . ومن السفيه في أصح الوجهين . ومن الصبي العاقل إذا جاوز العشر . ولا تصح ممن له دون السبع . وفيما بينهما روايتان**).

أما قول المصنف رحمه الله: وهي الأمر بالتصرف بعد الموت؛ فهو بيان لمعنى أحد ضربي الوصية ، وذلك أن الوصية على ضربين أحدهما: أن يوصي إلى رجل على ولده ، أو في تفريق ثلثه ، أو ما أشبه ذلك . فهذه هي الأمر بالتصرف بعد الموت.

---

(١) في هـ: وأنا ومالي.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (١٢٣٣) ١: ٤٣٥ كتاب الجنائز، باب رثى النبي ﷺ سعد بن خولة. وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٨) ٣: ١٢٥٣ كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث.

(٣) في هـ: ما من حق.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٨٧) ٣: ١٠٠٥ كتاب الوصايا، باب الوصايا...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٢٧) ٣: ١٢٤٩ كتاب الوصية.

وفي قوله: بعد الموت احترازاً من الوكالة ؛ فإنها أمرٌ بالتصرف لكن في الحياة.

وأما قوله: والوصية بالمال[1] هي التبرع به بعد الموت؛ فبيان لمعنى الضرب الآخر وذلك أن الضرب الثاني: أن يوصي مثلاً لزيد بشيء . فهذه هي التبرع بالمال بعد الموت.

وفي قوله: بعد الموت احترازاً عن الهبة؛ فإنها تبرعٌ بالمال لكن في الحياة.

وأما قوله: وتصح من البالغ ... إلى آخره فعائدٌ إلى الوصية بالمال ؛ لأن الوصية على الولد لا تصح من فاسقٍ ولا سفيهٍ ، ولا يتصور من صبيٍّ لم يجاوز العشر .

أما كون الوصية بالمال من البالغ الرشيد تصح فلا شبهة فيها ؛ لأن ذلك يصح تصرفه في ماله حياته . فكذا مماته.

وأما كونها تصح من الفاسق كالعدل ؛ فلاشتراكهما في صحة تصرفهما في الحياة.

وأما كونها تصح من المرأة كالرجل ، ومن الكافر كالمسلم ؛ فلما ذكر في الفاسق والعدل.

وأما كون السفيه تصح وصيته في أصح الوجهين ؛ فلأنه إنما حجر عليه لحفظ ماله ، وليس في وصيته إضاعة لماله؛ لأنه إن عاش كان له، وإن مات كان له ثوابه ، وهو حينئذٍ لا يحتاج إلا إلى الثواب.

وأما كونها لا تصح في وجهٍ ؛ فلأنه تصرف . فلم يصح من السفيه ؛ كبيعه.

وأما كونها تصح من الصبي العاقل إذا جاوز العشر ؛ فـ « لأن صَبياًّ من غسان له عشرُ سنين أوصَى لأخوالٍ له . فرفعَ ذلك إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه . فأجازَ وصيتَه »[2] رواه سعيد.

ولأنه يميز بين ما ينفعه وما يضره ، ولهذا ضُرِبَ في الصلاة[3].

ولأنه لا ضرر عليه في ذلك؛ لما ذكر في السفيه.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٤٣١) ١: ١٢٧ كتاب الوصايا، باب وصية الصبي.

(٣) روى عبدالملك بن الربيع بن سبرة عن أبيه عن جده قال: قال النبي ﷺ: « مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين ، وإذا بلغ عشر سنين فاضربوه عليها » أخرجه أبو داود في سننه (٤٩٤) ١: ١٣٣ كتاب الصلاة، باب متى يؤمر الغلام بالصلاة.

وأما كونها لا تصح ممن له دون سبع سنين ؛ فلأنه لا تمييز له.

وأما كونها تصح ممن له سبع ولم يجاوز العشر في روايةٍ ؛ فلأنه يميز في الجملة ، ولذلك أُمِرَ بالصلاة.

وأما كونها لا تصح في روايةٍ ؛ فلأنه ضعيف الرأي، ضعيف الأخذ لنفسه . فكان إلحاقه[1] بمن له دون سبع سنين أولى.

قال: (ولا تصح من غير عاقل ؛ كالطفل ، والمجنون ، والمبرسم. وفي السكران وجهان).

أما كون الوصية من غير عاقلٍ ؛ كالطفل ، والمجنون ، والمبرسم : لا تصح ؛ فلأنه لا حكم لكلامهم، ولا تصح عبادتهم ولا شيء من تصرفاتهم . فكذا الوصية بل أولى؛ لأنه إذا لم يصح إسلامه ولا صلاته التي لا ضرر فيها . فلئلا يصح بذله لمالٍ يتضرر به وارثه بطريق الأولى.

ولأنه تصرفٌ يفتقر إلى إيجاب وقبول . فلم يصح ممن ذكر ؛ كالبيع والهبة.

وأما كون وصية السكران لا تصح من وجهٍ ؛ فلأنه زائل العقل . أشبه المجنون.

وأما كونها تصح في وجهٍ ؛ فلأنه يقع طلاقه . فصحت وصيته بالقياس عليه.

وفرّق المصنف في المغني بين الطلاق والوصية من حيث: إن الطلاق وقع تغليظاً؛ لارتكابه المعصية . بخلاف الوصية فإنه لا ضرر عليه فيها بل الضرر على وارثه.

قال: (وتصح وصية الأخرس بالإشارة . ولا تصح وصية من اعتقل لسانه بها . ويحتمل أن تصح).

أما كون وصية الأخرس تصح بالإشارة ؛ فلأن إشارته أُقيمت مقام نطقه في طلاقه ولعانه وغيرهما . فكذلك يجب أن تقوم مقامه في وصيته.

وأما كون وصية من اعتقل لسانه لا تصح بالإشارة على المذهب ؛ فلأنه غير مأيوس من نطقه . فلم تصح وصيته بالإشارة ؛ كالقادر على الكلام.

---

(١) في هـ: إلحاقه.

وأما كونها يحتمل أن تصح ؛ فلأنه غير قادرٍ على الكلام . أشبه الأخرس.

قال: (وإن وجدت وصيته بخطه صحت . ويحتمل أن لا تصح حتى يشهد عليها).

أما كون الوصية المذكورة تصح على المذهب ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « ما حقُ امرئ مسلمٍ ، له شيء يوصِي فيه ، يبيتُ ليلتينِ إلا ووصيتهُ مكتوبةٌ عندَ رأسِهِ »[1]. فلو لم تكن الكتابة كافية لم يكن في كتابة الوصية فائدة. والشرع لا يحثّ على ما لا فائدة فيه.

وأما كونها يحتمل أن لا تصح حتى يشهد عليها ؛ فلأن المثبت للشيء شهادة الشهود لا الكتابة . بدليل البيع والهبة وغير ذلك من العقود.

(١) سبق تخريجه ص: ٢١٧.

فصل [في حكم الوصية]

قال المصنف رحمه الله: (والوصية مستحبةٌ لمن ترك خيراً . وهو : المال الكثير بخمس ماله . ويكره لغيره إن[1] كان له ورثة . فأما من لا وارث له فتجوز وصيته بجميع ماله . وعنه: لا تجوز إلا بالثلث).

أما كون الوصية لمن ترك خيراً مستحبة ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿كُتِب عليكم إذا حضر أحدكم الموتُ إن ترك خيراً الوصيةُ﴾ [البقرة:١٨٠] . نُسخ الوجوب وهو المنع من الترك . بقي الرجحان وهو المستحب.

وعن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ: « يقولُ الله عز وجل : يا ابنَ آدمَ! جعلتُ لكَ نصيباً من مالكَ حينَ أخذتُ بِكَظْمِكَ لأُطَهِّرَكَ وأُزَكِّيك »[2]. رواه ابن ماجة.

وكل شيء حصل التطهير والتزكية يكون فعله مستحباً.

وأما قول المصنف رحمه الله: لمن ترك خيراً فمشعرٌ بأن الوصية لا تستحب لمن لم يترك خيراً . وهو صحيح؛ لأن الله تعالى شرط ترك الخير بقوله: ﴿إن ترك خيراً﴾ [البقرة:١٨٠]، والمعلّق على شرطٍ عدمٌ عند عدمه.

وأما كون الخير هو المال الكثير ؛ فلأنه هكذا فُسّر، واختلف العلماء في مقداره فروي عن الإمام أحمد: أنه إذا ترك دون الألف لا يستحب له الوصية . فيدل على أنه لو ترك ألفاً فصاعداً يستحب له الوصية. ومن شرط الاستحباب عنده: أن يترك كثيراً فيلزم أن يكون ذلك كثيراً عنده. وعن علي: أربعمائة دينار. وعن ابن عباس: سبعمائة درهم.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: الذي يقوى عندي أنه متى كان المتروك لا يفضل عن غنى الورثة فلا تستحب الوصية؛ لأن النبي علل المنع بقوله: « إنكَ أن

---

(١) في هـ: وإن.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧١٠) ٢: ٩٠٤ كتاب الوصايا، باب الوصية بالثلث.

تذرَ ورثتكَ أغنياء خيرٌ من أن تدعهمْ عالةً يتكففونَ الناس ››[1] . فدل على أن المتروك إذا كان يَفضل عن غنى الورثة يكون عنده كثيراً.

وأما كون القدر الموصى به على سبيل الاستحباب الخمس ؛ فلما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه ‹‹ أنه أوصى[2] بالخمس . وقال : رضيتُ بما رضيَ الله لنفسهِ به . يعني قوله تعالى : ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خُمُسَهُ﴾ [الأنفال:٤١] ››[3].

وعن علي: ‹‹ لأن أُوصي بالخمسِ أحبُّ إليّ من الربع ››[4].

وأما كون الوصية تكره لغير من ترك خيراً إن كان له ورثة ؛ فلأنه عدل عن صلة أقاربه المحاويج إلى الأجانب. وعن الشعبي ‹‹ ما منْ مالٍ أعظم أجراً من مال يتركه الرجل[5] لولدهِ يغنيهمْ به عن الناس ››.

[ولأن النبي ﷺ علل المنع من الوصية بزيادة على الثلث بأنه يدع ورثته عالة يتكففون الناس][6] . وهو موجودٌ هاهنا.

ولأن النبي ﷺ قال: ‹‹ ابدأ بنفسكَ ثم بمنْ تَعُول ››[7]، والورثة ممن يعول. فلا يقدم عليهم الأجانب.

وأما كون من لا وارث له تجوز وصيته بجميع ماله على المذهب ؛ فلأن المنع من الوصية بأكثر من الثلث لحق الوارث . فإذا لم يكن وارثٌ وجب أن يزول المنع لزوال علته.

وأما كونه لا يجوز إلا بالثلث على روايةٍ ؛ فلأن له من يعقل عنه . فمُنِع من

---

(١) سبق تخريجه ص: ٢١٧.

(٢) في هـ: وصى.

(٣) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٦٣٦٣) ٩: ٦٦ كتاب الوصايا، كم يوصي الرجل من ماله.

(٤) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٦٣٦١) الموضع السابق.

(٥) في هـ: ما من مال يترك الرجل .

(٦) ساقط من هـ.

(٧) أخرجه مسلم في صحيحه (٩٩٧) ٢: ٦٩٢ كتاب الزكاة، باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة.

وأخرجه النسائي في سننه (٤٦٥٢) ٧: ٣٠٤ كتاب البيوع، بيع المدبر. ولفظهما: ‹‹ ابدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلأهلك فإن فضل من أهلك شيء فلذي قرابتك... ››.

الزيادة على الثلث من أجله ؛ كالوارث.

ولأن لبيت المال حقاً في ماله . أشبه الوارث.

قال: (ولا يجوز لمن له وارث بزيادة على الثلث لأجنبي، ولا لوارثه بشيء إلا بإجازة الورثة . إلا أن يوصي لكل وارث بمعين بقدر ميراثه فهل يجوز ؟ على وجهين).

أما كون الوصية لمن له وارث لا تجوز لأجنبيٍ بزيادةٍ على الثلث بغير إجازة الورثة[1]؛ فلما تقدم من حديث سعد بن أبي وقاص[2].

وأما كونها لا تجوز لوارثه بشيء غير معين بغير إجازة الورثة ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « إنّ الله أَعطَى كلَّ ذِي حقّ حقهُ . فلا وصيةَ لوارِث »[3] رواه أبو داود وابن ماجة والترمذي. وقال: حديث صحيح.

ولأن النبي ﷺ منع من عطية بعض ولده في الصحة مع إمكان تلافي العدل وقوة الملك . ففي حال مرضه وموته أولى.

وأما كون الوصية لكل وارثٍ بمعينٍ بقدر ميراثه ؛ كرجلٍ مات وخلّف ابناً ، وبنتاً ، وعبداً قيمته مائة ، وأمة قيمتها خمسون . فأوصى بالعبد للابن، وبالأمة[4] للبنت : تصح بغير إجازة كل واحدٍ منهما للآخر على وجهٍ ؛ فلأن حق الوارث في القدر لا في العين . بدليل ما لو عاوض المريض بعض ورثته أو أجنبياً.

وأما كونها لا تصح إلا بإجازة كل واحدٍ[5] منهما للآخر على وجهٍ ؛ فلأن في الأعيان غرضاً صحيحاً . فكما لا يجوز إبطال حق الوارث من القدر . فكذا لا يجوز من العين.

---

(١) في هـ: الثلث.

(٢) سبق ذكره ص: ٢١٧.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٧٠) ٣: ١١٤ كتاب الوصايا، باب ما جاء في الوصية للوارث.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢١) ٤: ٤٣٤ كتاب الوصايا، باب ما جاء لا وصية لوارث.
وأخرجه النسائي في سننه (٣٦٤٢) ٦: ٢٤٧ كتاب الوصايا، باب إبطال الوصية للوارث.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧١٢) ٢: ٩٠٥ كتاب الوصايا، باب لا وصية لوارث.
وأخرجه أحمد في مسنده (١٧٧٠٥) ٤: ١٨٧.

(٤) في هـ: للعبد للابن وللأمة.

(٥) في هـ: وحد.

وأما كون جميع ذلك يجوز بإجازة الورثة؛ فسيأتي ذكره فيما بعد . إن شاء الله تعالى.

قال: (وإن لم يف الثلث بالوصايا تحاصّوا فيه ، وأدخل النقص على كل واحد بقدر وصيته . وعنه: يقدم العتق).

أما كون أرباب الوصايا يتحاصّون في الثلث إذا لم يف بها، وكون النقص يدخل على كل واحدٍ بقدر وصيته على المذهب ؛ فلأنهم تساووا في الأصل وتفاوتوا في المقدار . فوجب أن يتحاصّوا . ويدخل النقص على ما ذكر ؛ كالورثة إذا كانت مسألتهم عائلة.

وأما كون العتق يُقدم على روايةٍ ؛ فلأنه آكد . بدليل سرايته ونفوذه في الملك المحجور عليه في التصرف فيه كالرهن ونحوه، والمؤكد مقدم على غيره.

قال: (وإن أجاز الورثةُ الوصيةَ جازت . وإجازتهم تنفيذٌ في الصحيح من المذهب لا تفتقر إلى شروط الهبة. ولا تثبت أحكامها فيها . [فلو كان المجيزُ أباً للمجاز له لم يكن له الرجوع فيه، ولو كان المجاز عتقاً كان الولاء للموصي يختص به عصبته ، ولو كان وقفاً على المجيزين صح . وعنه: ما يدل على أن الإجازة هبةٌ فتنعكس هذه الأحكام][1]).

أما كون الوصية إذا أجازها الورثة جازت ؛ فلأن المنع من أجلهم فإذا جازوا وجب أن يجوز لزوال علة المنع. وعن الإمام أحمد: لا تجوز لوارثٍ وإن أجازها بقية الورثة؛ لأن النبي ﷺ قال: « لا وَصيةَ لوارِث »[2]، وذلك عامٌ مع الإجازة وعدمها.

والأول أصح؛ لما تقدم.

ولأنه تصرفٌ صدر من أهله في محله . فصح ؛ كما لو وصى لأجنبيٍ بزيادةٍ على الثلث فأجازه الورثة. والخبر المذكور قد روي فيه: « ...إلا أن يجيز الورثة »[3]. ثم لو خلا من الاستثناء فمعناه: لا وصية لازمةٌ أو نافذة.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) سبق تخريجه ص: ٢٢٣.

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٩٣) ٤: ٩٨ كتاب الفرائض ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده . وأخرجه أيضا بمعناه (٩٤) عن ابن عباس .

وأما كون إجازة الورثة تنفيذاً على الصحيح من المذهب ؛ فلأنها إمضاءٌ لقول الموروث، ولا معنى للتنفيذ إلا ذلك.

فعلى هذا لا تفتقر إلى شروط الهبة ولا تثبت فيها أحكامها؛ لأنها ليست بهبة.

وأما كونها هبةً على روايةٍ ؛ فلأن الورثة يتمكنون من إبطالها . فإذا أمضوها فكأنهم[1] وهبوا ذلك من عندهم.

ولأن الوصية موقوفةٌ على قولهم . أشبه ما لو لم يتقدم ذلك وصية[2].

فعلى هذا تفتقر إلى شروط الهبة من الإيجاب والقبول والقبض وما أشبه ذلك، وتثبت فيها أحكامها . فيملك المجيز الرجوع إن كان ممن يملكه في الهبة ، وما أشبه ذلك . وسيذكر إن شاء الله تعالى[3].

وهذا الخلاف مبني على أن الوصية لوارثٍ بشيء أو لأجنبي بزيادةٍ على الثلث هل هي صحيحة موقوفة على إجازة الورثة ، أم لا تصح بالكلية ؟

فإن قيل: هي صحيحةٌ[4] كانت إجازتهم تنفيذٌ ؛ لأن[5] الإجازة تنفيذٌ في الحقيقة.

وإن قيل: هي باطلةٌ كانت إجازتهم هبة؛ لأن وجود الوصية من الموروث كالعدم.

ولأن هذا شأن الباطل. وقد تقدم أن الصحيح في المذهب أن الوصية فيهما صحيحة، وإنما تقف على الإجازة . فلتكن إجازة الورثة تنفيذاً على الصحيح؛ لأن المبني على الشيء يتبعه صحة وفساداً.

فعلى هذا للاختلاف فوائد:

● منها: أن رجلاً لو[6] أوصى لابن أخيه بشيءٍ زائدٍ على الثلث وكان أبو ابن الأخ وارثاً لأخيه فأجاز لابنه :

---

(١) في هـ: فكأنما.

(٢) في هـ: الوصية.

(٣) ص: ٢٢٦.

(٤) في هـ زيادة : موقوفةً على إجازة الورثة .

(٥) في هـ : إلا أن .

(٦) ساقط من هـ.

فإن قيل: الإجازة تنفيذٌ لم يملك الرجوع؛ لأن الأب يرجع فيما وهب لا فيما وهبه[1] غيره.

وإن قيل: هي هبة فله الرجوع؛ لما تقدم في باب الهبة[2].

● ومنها: أن رجلاً لو أعتق عبداً زائداً على الثلث فأجاز الورثة العتق :

فإن قيل: الإجازة تنفيذ كان الولاء للموصي؛ لأنه هو الذي أعتقه، وفي الحديث: «إنما الولاءُ لمن أَعتَق»[3] . فتختص به عصبته ؛ كما لو أعتقه في صحته.

وإن قيل: الإجازة هبة كان الولاء مشتركاً بين كل الورثة من العصبة وغيرهم ؛ كما لو باشروا عتق عبدٍ مشتركٍ بينهم.

● ومنها: أن رجلاً لو وقف على بنيه شيئاً :

فإن قيل: الإجازة تنفيذٌ صح الوقف روايةً واحدة؛ لأن الواقف عليهم أبوهم لا هم.

وإن قيل: الإجازة هبة خُرِّج في صحة الوقف الروايتان المذكورتان في باب الوقف فيما إذا وقف إنسان على نفسه . هذا شرح كلام المصنف رحمه الله.

واعلم أن كلام المصنف رحمه الله يحتاج إلى زيادة تحرير وذلك أن قوله: فلو كان المجيز أباً لم يكن له الرجوع فيه، ولو كان المجاز عتقاً كان الولاء للموصي يختص به عصبته، ولو كان وقفاً على المجيزين صح. وعنه: ما يدل على أن الإجازة هبة فتنعكس هذه الأحكام. يُفهم منه أنه إذا قيل: الإجازة هبة كان للأب الرجوع في جميع ما وصى به لابنه ، وكان جميع الولاء مشتركاً بين العصبة وبين غيرهم من الورثة، وكان الوقف في صحة جميعه روايتان:

والأول: مدخول من حيث إن الأب لا يملك الرجوع في قدر الثلث روايةً واحدةً، وإنما الخلاف في الزائد على الثلث.

والثاني: مدخول من حيث إن العصبة يختصون بثلث الولاء روايةً واحدةً، وإنما

(١) في هـ: وهب.

(٢) ص: ١٩٥.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٩) ٢: ٩٧٢ كتاب الشروط، باب الشروط في الولاء.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٤) ٢: ١١٤١ كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

الخلاف فيما زاد.

والثالث: مدخول من حيث إن الوقف يصح في قدر الثلث روايةً واحدةً من هذه الجهة، وإنما الخلاف فيما زاد .

وتحرير العبارة في ذلك أن يقول: فلو كان المجيز أباً لم يكن له الرجوع في الزائد على الثلث. ولو كانت الوصية عتقاً كان ثلثا الولاء كالثلث في اختصاصه بالعصبة. ولو كانت وقفاً على المجيزين صح فيما زاد على الثلث . ثم بعد ذلك يقول: وعنه هي هبة . فتنعكس هذه الأحكام .

ولقائل أن يقول: لفظ الإجازة مشعرٌ بأنها في موضع يفتقر إليها وذلك إنما يكون في الزائد على الثلث أو في الوصية لوارث فكان كلام المصنف رحمه الله في جميع ما ذكر عائداً[1] إلى الزائد على الثلث . ويؤيد ذلك أن قوله: ولو كان المجاز معناه: ولو كان الذي تعتبر إجازته . وهذا صحيح إلا أنه فيه غموضٌ لا يكاد يُفهم، ولذلك صرح بقية المصنفين بالحكم بالنسبة إلى جميع الوصية وفصّلوا كما ذكرت لك. ثم يصح أن يقال: أوصى زيدٌ بعتق عبدٍ لا مال له سواه فأجاز الورثة وصيته. ويُفهم منه مجموع الوصية لا بعضها.

قال: (ومن أوصى له وهو في الظاهر وارث فصار عند الموت غير وارث صحت الوصية له[2] . وإن وصى له وهو غير وارث فصار وارثاً بطلت ؛ لأن اعتبار الوصية بالموت).

أما كون الوصية تصح في الصورة الأولى وتبطل في الثانية ؛ فلما علل المصنف رحمه الله.

وأما تعليله ففيه تنبيهٌ على الفرق بين الوصية وبين الإقرار؛ لأنه لو أقرّ لوارثٍ ثم صار عند الموت غير وارثٍ لم يصح الإقرار . بخلاف العكس؛ لأن الإقرار لوارثٍ مُنع منه للتهمة وهي موجودة عند الإقرار لا عند الموت . بخلاف الوصية فإن المانع كونه وارثاً عند الموت؛ لأنها حالة التمليك.

---

(١) في هـ: عائد.

(٢) ساقط من هـ.

قال: (ولا تصح إجازتهم وردّهم إلا بعد موت الموصى . وما قبل ذلك لا عبرة به).

أما كون إجازة الورثة وردّهم قبل الموت لا تصح ؛ فلأنها[1] حقٌ لم يملكوه . فلم يصح فيما ذكر ؛ كالمرأة تسقط مهرها قبل النكاح ، والشفيع يسقط شفعته قبل البيع.

[وأما كون ذلك يصح بعد الموت ؛ فلأنه حق لهم حينئذ ؛ كالمرأة تسقط مهرها بعد النكاح ، والشفيع يسقط شفعته بعد البيع][2].

ولأنه إسقاط حقٍ ملكوه . فصح ؛ كسائر الحقوق.

وأما قول المصنف رحمه الله: وما قبل ذلك لا عبرة به فزيادة إيضاح وبيان؛ لأن الإجازة والرد[3] إذا لم يصحا قبل الموت عُلم أنه لا عبرة بذلك في ذلك الوقت.

قال: (ومن أجاز الوصية ثم قال: إنما أجزتُ لأنى ظننت المال قليلاً فالقول قوله مع يمينه. وله الرجوع بما زاد على ظنه في أظهر الوجهين. إلا أن يقوم عليه بينة . وإن كان المجاز عيناً فقال: ظننتُ باقي المال كثيراً : لم يقبل قوله في أظهر الوجهين).

أما كون القول قول المجيز في الصورة الأولى في وجهٍ مع عدم البينة ؛ فلأن الإجازة: إما تنفيذ وإما هبة، وكلاهما لا يصح في المجهول، وقد ادّعاه مع كونه مجهولاً.

ولأنه يحتمل صدقه فلا يحصل للموصى له نقل الملك . ويحتمل كذبه فيحصل له ذلك. وإذا احتمل واحتمل وجب بقاء الأمر على ما كان عملاً بالاستصحاب.

وأما كونه لا يقبل قوله فيها في وجهٍ ؛ فلأنه قولٌ يُسقط حق الغير بعد الإقرار به . فلم يقبل ؛ كالإنكار بعد الإقرار.

والأول أظهر؛ لما تقدم.

---

(١) في هـ: فلأنهما.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) في هـ: والمراد.

والفرق بين ذلك وبين الإقرار ظاهر ، وذلك أن الموجب للملك هنا قوله: أجزته و لم يتحقق، وفي الإقرار ليس كذلك . ضرورة كونه مالكاً قبله، وإنما الإقرار أظهره.

وأما كون ذلك مع يمينه ؛ فلأنه يحتمل كذبه.

وأما كونه يرجع بما زاد على ظنه إذا قيل القول قوله ؛ فلأنه إذا قيل القول قوله لم يكن الموجب للنقل متحققاً بالنسبة إليه.

وأما كونه لا يقبل قوله وجهاً واحداً إذا قامت عليه البينة ؛ فلأنها تكذبه .

و لم يتعرض المصنف رحمه الله إلى صفة ما تقوم به البينة، وصرح أبو الخطاب بأنها تشهد أنه كان عالماً بمقدار الزيادة حين إجازته.

وأما كونه في الصورة الثانية لا يقبل قوله في أظهر الوجهين ؛ فلأن العبرة بالموصى به وهو معلومٌ [لا جهالة فيه](1).

وأما كونه يقبل قوله في وجهٍ ؛ فلأنه يمكن صدقه.

ولأنه قد يسمح بذلك ظناً منه أنه يبقى له ما يكفيه . فإذا بان بخلافه لحقه الضرر في الإجازة . فقبل قوله ؛ كالمسألة قبلها.

وأما كون الأول أظهر بخلاف ما تقدم ؛ فلما ذكر. وفيه تنبيهٌ على الفرق بين هذه المسألة وبين المسألة قبلها من حيث: إن المجاز هنا معلوم ، وفي التي قبلها هو غير معلوم.

[فإن قيل: ما صورة المسألتين ؟

قيل: صورة الأولى: أن تكون الوصية بجزءٍ كالنصف أو الثلثين أو ما أشبههما . فيجيز الوصية بناء على أن المال المخلف عن موروثه قليل كمائةٍ أو نحوها ثم يبين له أنه كثيرٌ كألفٍ أو نحوه . فيدعي أنه إنما أجاز بناء على ذلك . فيقبل قوله فيما زاد على ظنه، وهو في مسألة النصف مائة وخمسون، وفي مسألة الثلثين ثلثمائة . ويبقى للموصى له في مسألة النصف ثلثمائة وخمسون؛ لأنه له ثلث الألف ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقد أجاز له ستة عشر وثلثين؛ لأن ذلك هو ما بين ثلث المائة المظنونة ونصفها . وفي مسألة الثلثين له ثلثمائة وستة وستون

(١) ساقط من هـ.

وثلثان؛ لأنه له ثلث الألف ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقد أجاز له ثلاثة وثلاثين وثلثاً؛ لأن ذلك هو ما بين ثلث المائة المظنونة وثلثيها.

وصورة الثانية: أن تكون الوصية بعبدٍ معين قيمته ستمائة . فيجيز الوصية بناء على أن باقي المال المخلّف عن موروثه كثيرٌ كألفٍ . ثم يبين له أنه قليل كستمائة . فيدعي أنه إنما أجاز بناء على ذلك.

فعلى الأظهر جميع العبد للموصى له ، وعلى الآخر له ثلثا العبد وتسعه؛ لأنه له ثلث المال بالأصل وهو أربعمائة وقد أجاز له ستة وستين وثلثين؛ لأن ذلك هو ما بين ثلث الألف وستمائة المظنونة قيمة العبد .

فإن قيل: الفرق المتقدم ذكره إنما يتحقق بين المشاع والمعين لا بين العين وغير العين، وكلام المصنف رحمه الله مشعرٌ بالعكس.

قيل: ما ذكر صحيح . غير أن العين يلزم منها أن تكون معينة . ومدار الفرق على ذلك لا على العين][1].

قال: (ولا يثبت الملك للموصى له إلا بالقبول بعد الموت . فأما قبوله وردّه قبل الموت فلا عبرة به).

أما[2] كون الملك للموصى له لا يثبت إلا بالقبول ؛ فلأن الوصية تمليكٌ لمن هو من أهل الملك . فلم يثبت إلا بالقبول ؛ كالهبة والبيع.

ولا بد أن يُلحظ أن الموصى له معين . فإن كان غير معين[3] كالفقراء والمساكين وبني هاشم : لم يفتقر ثبوت الملك في الوصية إلى القبول ، ولزمت بمجرد الموت؛ لأن اعتبار القبول من جميعهم متعذرٌ . فسقط ؛ كالوقف عليهم.

وأما كون القبول بعد الموت ؛ فلأن الوصية تمليكٌ بعد الموت . فكان القبول حينئذ.

وأما كون القبول والرد قبل الموت لا عبرة به ؛ فلأن قبل الموت لم يثبت للموصى له حق، ولذلك لم يصح ردّ الورثة ولا إجازتهم قبل الموت.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: وأما.

(٣) سقط لفظي: غير معين من هـ.

قال: (وإن مات الموصَى له قبل موت[1] الموصي بطلت الوصية . وإن ردّها بعد موته بطلت أيضاً . وإن مات بعده وقبل الرد والقبول قام وارثه مقامه . ذكره الخرقي . وقال القاضي : تبطل الوصية على قياس قوله).

أما كون الوصية تبطل [إذا مات الموصى له قبل موت الموصي][2] ؛ فلأنها عطية صادفت المعطي ميتاً . فبطلت ؛ كما لو وهب لميتٍ شيئاً.

وأما كونها تبطل إذا ردّها بعد موته ؛ فلأنه أسقط حقه في حال يملك قبوله وأخذه . أشبه عفو الشفيع عن الشفعة بعد البيع.

ولا بد أن يُلحظ في هذا البطلان أن يكون الرد بعد موت الموصي وقبل قبول الموصى له . فلو قَبِل وقبض ، أو قَبِل ولم يقبض ، وكان غير مكيلٍ أو موزونٍ ثم ردّ : لم تبطل الوصية؛ لأن ملكه استقر عليه . أشبه ما لو ردّ سائر ملكه.

وأما كون وارث الموصى له يقوم مقامه إذا مات بعد الموصي وقبل الرد والقبول على ما ذكره الخرقي ؛ فلأن الرد والقبول حقٌ ثبت للموروث . فثبت للوارث بعد موته ؛ لقوله عليه السلام: « من ترك حقاً فلِوَرَثَتِه »[3] ، وكخيار الرد بالعيب.

وأما كونها تبطل على قول القاضي على قياس قول الإمام أحمد ؛ فلأن هذا في معنى سقوط خيار المجلس ، والشرط ، والشفعة بالموت، ولا يقوم الوارث في ذلك مقام موروثه . نص عليه أحمد . فكذا هنا.

ولأن الوصية عقدٌ يفتقر إلى القبول . فيبطل بموت الموصي قبل القبول ؛ كالهبة.

(١) ساقط من هـ.

(٢) مثل السابق.

(٣) سبق تخريجه ص: ١٨٨.

قال: (وإن قبلها بعد الموت ثبت الملك حين القبول في الصحيح . فما حدث قبله من نماء منفصل فهو للورثة ، وإن كان متصلاً تبعها .

وإن كانت الوصية بأمة فوطئها الوارث قبل القبول وأولدها : صارت أم ولد له ، ولا مهر عليه ، وولده حر لا تلزمه قيمته ، وعليه قيمتها[1] للموصى .

وإن أوصى لرجل بزوجته فأولدها قبل القبول : لم تصر أم ولد له ، وولده رقيق .

ومن أوصي له بأبيه فمات قبل القبول . فقبل ابنه : عتق الموصى به حينئذ ولم يرث شيئاً . ويحتمل أن يثبت الملك حين الموت فتنعكس هذه الأحكام).

أما كون الملك يثبت مع كمال الشروط فيه حين القبول لا قبله على الصحيح من المذهب ؛ فلأن الوصية تمليكٌ لمعين تفتقر إلى القبول . فلم يسبق الملك فيها القبول ؛ كسائر العقود.

ولأن القبول من كمال السبب، والحكم لا يتقدم سببه.

ولأن الملك في الماضي لا يجوز تعليقه بشرط مستقبل.

فعلى هذا ما حدث قبل القبول من نماء منفصل فهو للورثة؛ لأنه نماء ملكهم. وإن كان متصلاً تبع العين الموصى بها؛ لأنه لا يمكن انفصاله . فتبعت الأصل ؛ كالفسوخ والرجوع في الهبة .

وإن كانت الوصية بأمة فوطئها الوارث قبل القبول وأولدها : صارت أم ولده؛ لأنه وطئ مملوكته . ولا مهر عليه؛ لأن الإنسان لا يجب عليه مهر من وطء مملوكته . وولده حر؛ لأنه من وطء في ملك. ولا تلزمه قيمته؛ لأنه لا حق لأحدٍ فيه بل انعقد جزءاً من وطء في ملكه. وعليه قيمة الأمة للموصي؛ لأنه فوّتها عليه . أشبه ما لو أتلفها.

وإن وصى لرجلٍ بزوجته فأولدها قبل القبول لم تصر أم ولد له . وولده رقيق؛ لأنه من وطء في ملك غيره.

وإن وصى له بأبيه فمات قبل القبول فقبل ابنه : عتق الموصى به عند قبول

---

(١) في هـ: قيمته.

الابن؛ لأن الملك حينئذ وجد . والقاتل له ابن ابنه . فعتق عليه ؛ لكونه من ذوي رحمه . ولم يرث من ابنه شيئاً؛ لأنه كان عبداً عند موته.

وأما كونه يحتمل أن يثبت الملك حين الموت ؛ فلأن ما وجب انتقاله بالقبول وجب انتقاله من جهة الموجب عند الإيجاب ؛ كالهبة والبيع.

ولأنه لا يجوز ثبوت الملك للميت؛ لأنه لم يبق محلاً له . بدليل: ما لو وصى له بشيء فإنه لا يصح . ولا للوارث؛ لأن الله تعالى قال: ﴿من بعد وصية يوصي بها أودين﴾ [النساء: ١١].

ولأن الإرث بعد الوصية.

فعلى هذا تنعكس الأحكام المذكورة قبلُ . فيكون النماء المنفصل للموصى له مع المتصل؛ لأنه نماء ملكه. وإذا كان الموصى به أمة فأولدها الوارث قبل القبول لم تصر أم ولده؛ لأنه وطءٌ في غير ملك . وعليه المهر؛ لأنه وطئ مملوكة غيره . وولده رقيق لذلك .

وإذا كانت الوصية لشخصٍ بأبيه عتق من حين الموت؛ لأنه دخل في ملك ابنه وورث ابنه ؛ لأنه كان حراً عند موته.

فصل [في الرجوع في الوصية]

قال المصنف رحمه الله: (**ويجوز الرجوع في الوصية. فإذا قال: قد رجعتُ في وصيتي أو أبطلتُها ونحو ذلك: بطلت**).

أما كون الوصية يجوز الرجوع فيها ؛ فلأنه يروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال: « يغيرُ الرجل ما شاءَ من وَصيتِه »[1].

ولأنها تمليك. فملك الموصي الرجوع فيه قبل تنجيزه ؛ كهبة ما يفتقر إلى قبض قبل تقبيضه.

وأما كونها تبطل إذا قال: قد رجعتُ في وصيتي أو أبطلتُها ونحو ذلك ؛ فلأن ذلك دالٌ على الرجوع حقيقة.

قال: (**وإن قال في الموصى به: هذا لورثتي، أو ما أوصيتُ به لفلان فهو لفلان: كان رجوعاً. وإن وصى به لآخر ولم يقل ذلك فهو بينهما**).

أما كون قول الموصي في الموصى به: هذا لورثتي، أو ما أوصيتُ به لفلان فهو لفلان رجوعاً ؛ فلأنه صرّح باستحقاق الورثة، وفلان الآخر لما أوصى به أوّلاً، وذلك يقتضي كونه مستحقاً للورثة وللموصى له ثانياً وهو ينافي استحقاق الموصى له أوّلاً.

وأما كون الموصى به بين الموصى له أولاً وثانياً إذا أوصى به لآخر ولم يقل ما تقدم ذكره ؛ فلأنه تعلق به حق كل واحدٍ منهما على السواء. فاشتركا فيه ؛ كما لو قال: هو بينهما.

قال: (**وإن باعه، أو وهبه، أو رهنه: كان رجوعاً. وإن كاتبه، أو دبّره، أو جحد الوصية: فعلى وجهين**).

أما كون بيع الموصى به وهبته رجوعاً ؛ فلأن كل واحدٍ منهما ينقل الملك، وذلك ينافي الوصية.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٨١ كتاب الوصايا، باب الرجوع في الوصية وتغييرها.

ولأن كونه مملوكاً قابلاً للنقل عند تمليكه شرطٌ للصحة ، وذلك غير حاصلٍ فيما بيع أو وهب عند الموت.

وأما كون رهنه رجوعاً ؛ فلأن الرهن يراد للبيع . أشبه ما لو باعه.

ولأن الوصية نقلٌ للملك عند الموت ، وذلك يعتمد القابلية له، والقابلية للنقل غير موجودة فيما رهنه . بدليل: أنه لو باع المرهون لم يصح.

وأما كون كتابته رجوعاً على وجهٍ ؛ فلأنها بيعٌ . أشبهت البيع.

وأما كونها لا تكون رجوعاً على وجهٍ ؛ فلأن المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم.

وأما كون تدبيره رجوعاً على وجهٍ ؛ فلأن تدبيره أقوى من الوصية به؛ لأنه يتنجز بالموت . بخلاف الوصية فإنها تفتقر إلى القبول . والوصية به في بعض الصور رجوع . فما هو أقوى منها أولى.

وأما كونه لا يكون رجوعاً على وجهٍ ؛ فلأنه لا ينقل الملك . أشبه ما لو لم يدبره.

وأما كون جحود الوصية رجوعاً على وجهٍ ؛ فلأن الجحود يدل على أنه لا يريد إيصاله إلى الموصى له.

وأما كونه لا يكون رجوعاً ؛ فلأن ذلك لا يزيل ملكه . أشبه ما لو أجّره.

قال: (وإن خلطه بغيره على وجه لا يتميز، أو أزال اسمه فطحن الحنطة أو خبز الدقيق، أو جعل الخبز فتيتاً، أو نسج الغزل، أو نجّر الخشبة باباً ونحوه، أو انهدمت الدار ، أو أزال اسمها : فقال القاضي : هو رجوع . وذكر أبو الخطاب: فيه وجهين .

وإن وصى له بقفيز من صُبْرَة ، ثم خلط الصبرة بأخرى : لم يكن رجوعاً).

أما كون ما ذكر غير خلط الصبرة رجوعاً على قول القاضي ؛ فلأن الخلط المذكور جعَلَه على وجهٍ لا يمكن تسليمه، وإزالة الاسم أخرجته عن دخوله في الاسم الدالّ على الموصى به.

وأما كونه على وجهين على ما ذكر أبو الخطاب ؛ فلأن دليل الرجوع وعدمه موجودان فيه : أما الرجوع ؛ فلما تقدم . وأما عدمه ؛ فلأن الموصى به باقٍ .

أشبه ما لو غسل الثوب.

وأما كون خلط الصبرة الموصى بقفيزٍ منها بصبرة أخرى لا يكون رجوعاً؛ فلأنه كان مشاعاً ولم يَزَل . فهو باق على صفته . بخلاف ما تقدم فإنه كان معيناً ثم زال ذلك ، وذلك يمنع من تسليمه إليه.

قال: (وإن زاد في الدار عمارة أو انهدم بعضها فهل يستحقه الوصي[1] ؟ على وجهين).

أما كون الوصي[2] يستحق العمارة على وجهٍ ؛ فلأنها تبعٌ للدار.

وأما كونه لا يستحقها على وجهٍ ؛ فلأنه لم يوص له بها.

وأما كونه يستحق ما انهدم على وجه ؛ فلأنه داخل في وصيته . بدليل ما لو ينهدم .

وأما كونه لا يستحقه على وجهٍ ؛ فلأنه انتقل إلى اسم آخر غير الذي كان تسمى به.

قال: (وإن وصى لرجل ثم قال: إن قَدم فلان فهو له . فقدم في حياة الموصي: فهو له . وإن قدم بعد موته فهو للأول في أحد الوجهين ، وفي الآخر: هو للقادم).

أما كون الموصى به للقادم إذا قدم في حياة الموصي ؛ فلأن المالك وصى له به معلقاً على شرط ، وقد وجد . فيترتب عليه مقتضاه.

وأما كونه له إذا قدم بعد موت الموصي على وجهٍ ؛ فلأنه استحقه بالموت وملكه بالقبول . فلم ينقل إلى غيره ؛ كسائر الأملاك المملوكة بالقبول.

وأما كونه للقادم على وجهٍ ؛ فلأنه موصى له به بشرط قدومه وقد وجد.

والأول أصح؛ لما تقدم.

والشرط يجب فيه لحظ حياة الموصي؛ لأنه بعد الموت أجنبي منه.

---

(١) في هـ: الموصى.

(٢) مثل السابق.

فصل [تخرج الواجبات من رأس المال]

[قال المصنف رحمه الله][1]: (وتخرج الواجبات من رأس المال أوصى بها أو لم يوص. فإن وصى معها بتبرع اعتبر الثلث من الباقي).

أما كون الواجبات تخرج من رأس المال ؛ فلأن ذلك يجب عليه وفاؤه في حياته من غير اعتراض للورثة عليه . فكذلك بعد وفاته.

وأما كون ذلك كذلك أوصى بالواجبات أو لم يوص؛ فلوجوب الوفاء في الحالين.

وأما كون الثُّلُث يعتبر من الباقي إذا وصى مع الواجبات بتبرع ؛ فلأن الواجبات يجب إخراجها من رأس المال؛ لما تقدم . فيكون جميع ماله الذي يملك التصرف في ثلثه الباقي بعد أداء الواجبات. وإذا كان الباقي بعد أداء الواجبات هو جميع ماله وجب اعتبار الثلث منه.

قال: (وإن قال : أخرجوا الواجب من ثلثي . فقال القاضي : يُبدأ به . فإن فضل من الثلث شيء فهو لصاحب التبرع وإلا بطلت وصيته . وقال أبو الخطاب : يزاحم به أصحاب الوصايا . فيحتمل على هذا أن يُقَسِّم الثلث بينهما ويتمم الواجب من رأس المال فيدخله الدَّور).

أما[2] كون الواجب يُبدأ به إذا قال الموصي ما ذُكر على قول القاضي ؛ فلأنه آكد من التبرع . فقُدِّم عليه؛ لأن التأكيد له أثر.

وأما كون الفاضل من الثلث عن ذلك لصاحب التبرع ؛ فلأنه كان يستحق جميع ما أوصي له به لولا مزاحمة الواجب . فإذا زالت المزاحمة استحق الفضلة عملاً بوصيته السالمة عن المزاحمة.

وأما كون الوصية تبطل إذا لم يفضل شيء من الثلث ؛ فلأنها لم تصادف

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: وأما.

محلاً . أشبه من وُصي له بشيء فلم يخلّف الميت[1] شيئاً.

وأما كونه يزاحم به أصحاب الوصايا على قول أبي الخطاب ؛ فلأنهما استويا في الوصية بهما . أشبها الموصى لهما.

فعلى هذا يحتمل أن يقسم الثلث بينهما على قدر حَقَّيْهما ؛ كالموصى لهما . ويتمم الواجب من رأس المال؛ لأنه لا بدّ من وفائه و لم يبق من الثلث ما هو محل له . ويدخله الدَّور؛ لأنه لا يُعلم قدر الثلث حتى يُعلم ما هو تتمة الواجب، ولا يعلم تتمة الواجب حتى يُعلم ما يستحقه بالمزاحمة، ولا يُعلم ما يستحقه بالمزاحمة حتى يعلم الثلث.

فإن قيل: لم[2] قال المصنف رحمه الله: فيحتمل على هذا ؟

قيل: لأن المزاحمة ليست صريحة فيه؛ لأن قول القاضي يصدق عليه أيضاً أن الواجب زاحم الوصايا؛ لأنه إذا أخذ الواجب أولاً صدق أنه زوحم به أصحاب الوصايا.

قال: (فلو كان المال ثلاثين ، والواجب عشرة ، والوصية عشرة : جعلت تتمة الواجب شيئاً يكن الثلث عشرة إلا ثلث شيء بينهما : للواجب خمسة إلا سدس شيء . يُضم إليه شيئاً يكن عشرة . فتجبر الخمسة بسدس شيء من الشيء يبقى خمسة أسداس شيء يعدل خمسة فالشيء ستة ويحصل للوصى الآخر أربعة).

أما كون تتمة الواجب تجعل شيئاً ؛ فلأنه غير معلوم، وفي التنكير في الحال تعريف لذلك في المآل.

وأما كون الثلث يكون عشرة إلا ثلث شيء ؛ فلأنك إذا أسقطت شيئاً من ثلاثين يكون ثلثها ذلك.

وأما كون ذلك بين الواجب والوصية؛ فلتساويهما في القدر.

وأما كون الواجب له خمسة إلا سدس شيء ؛ فلأن له نصف ما ذُكر ، وذلك نصفه.

---

(١) في ج: الموصي.

(٢) في هـ: له.

وأما كون الشيء يضم إليه ؛ فلأنه تتمته.

وأما كون ذلك يكون عشرة ؛ فلأن الشيء ستة خرج منه سدسٌ جبراً للخمسة . فيبقى خمسة وخمسة أسداس ، وذلك عشرة . وكان الأجود أن يُقال هاهنا: تكن خمسة وخمسة أسداس شيء.

وأما كون الخمسة تجبر بسدس شيء؛ فلتبقى بلا كسر.

وأما كون الشيء يبقى منه خمسة أسداس؛ فظاهر.

وأما كون ذلك يعدل خمسة ؛ فلأن الخمسة وخمسة الأسداس تعدل عشرة خمسة تعدل خمسة يبقى خمسة أسداس تعدل خمسة.

وأما كون الشيء ستة ؛ فلأن الخمسة إذا عدلت خمسة أسداس كان كل سدس يعدل واحداً . فيكون الشيء ستة ضرورة.

فإن قيل: كيف طريق عمل ذلك ؟

قيل: أن تجعل تتمة الواجب شيئاً مُنَكَّراً -لما تقدم من أن المسألة المذكورة يدخلها الدَّور- ثم تسقطه من جميع المال . ثم تنظر كم بقي . فتأخذ ثلثه . ثم تقسمه على قدر الواجب والتبرع. فلو كان أحدهما مثل الآخر كما ذكره المصنف رحمه الله قسمته بينهما نصفين. ولو كان أحدهما مثلي الآخر قسمته أثلاثاً ثم تضم الشيء المنكر المخرج من رأس المال إلى ما حصل للواجب من الثلث؛ لأنه يكمله حقه ويجبر المجهول الحاصل بالقسمة . فما بقي من الشيء فاجعله باقياً على تنكيره مع[1] العدد الذي جبرته . فتقول في مسألة المصنف: أسقط شيئاً من ثلاثين . يبقى ثلاثون إلا شيئاً . ثلثها عشرة إلا ثلث شيء . مقسومة نصفين يكون نصيب الواجب خمسة إلا سدس شيء . ضُم إليها الشيء تصير خمسة إلا سدس شيء وشيئاً . اجبر سدس الشيء المستثنى من الخمسة بسدس شيء يكون المجموع خمسة وخمسة أسداس شيء [تعدل عشرة؛ لأنها جميع حقه . أسقط خمسة بخمسه تبقى خمسة أسداس شيء][2] تعدل خمسة فالشيء إذاً ستة . ثم ارجع[3] إلى الأول فقل

---

(١) في هـ: من.

(٢) ساقط من هـ.

(٣) في هـ: إذا رجع.

الشيء ستة . بقي أربعة وعشرون ثلثها ثمانية مقسومة بينهما نصفين : يكون لصاحب الواجب أربعة . ضمها إلى الستة يبقى عشرة . وهو حق الواجب .

ولو كان الواجب خمسة عشر والتبرع خمسة فأسقط تتمة الواجب من المال واقسم ثلثه بين الواجب والتبرع أرباعاً يكن الواجب سبعة ونصفاً ونصف شيء وربع شيء يعدل خمسة عشر قابل سبعة ونصفاً بسبعة ونصف يبقى نصف شيء وربعه يعدل سبعة ونصفاً فالشيء إذاً عشرة.

باب الموصَى له

قال المصنف رحمه الله: (**تصح الوصية لكل من يصح تمليكه من مسلم وذمي ومرتد وحربي . وقال ابن أبي موسى : لا تصح لمرتد**).

أما كون الوصية تصح لكل من يصح تمليكه من مسلم وذمي ؛ فلأن الوصية تمليكٌ عند الموت . فإذا كان الموصى له ممن يصح تمليكه وجب أن تكون صحيحة ؛ كما لو باعه شيئاً أو وهبه له ونحو ذلك.

وأما كونها تصح لمرتدٍ على المذهب؛ فقياسٌ على الذمي.

وأما كونها لا تصح له على قول ابن أبي موسى ؛ فلأنه مستحق القتل . يغلب على الظن موته به . أشبه الميت.

وأما كونها تصح لحربي ؛ فلأنه يصح تمليكه . أشبه الذمي وفارق المرتد. وإن اشتركا في استحقاق القتل من حيث إنه[1] لا يغلب على الظن موته به لعدم القدرة عليه.

قال: (**وتصح لمكاتبه ومُدبّره وأم ولده**).

أما[2] كون الوصية تصح لمكاتبه ؛ فلأنه معه كالأجنبي في المعاملات . فكذلك في الوصية.

ولأنه يملك المال بالعقد . فصحت الوصية له ؛ كالحر.

وأما كونها تصح لمدبّره وأم ولده ؛ فلأن كل واحدٍ منهما يعتق عند الموت . فيكون حينئذٍ قابلاً للتمليك، وقد روي عن عمر رضي الله عنه « أنه وصَّى لأمهاتِ أولادهِ بأربعة آلاف أربعة آلاف » . رواه سعيد[3].

قال: (**وتصح لعبد غيره . فإذا قبلها فهي لسيده**).

أما كون الوصية تصح لعبد غيره ؛ فلأنه يصح اكتسابه . فصحت الوصية له ؛

(١) ساقط من هـ.
(٢) في هـ: وأما.
(٣) سقط لفظي: رواه سعيد من هـ.

كالحر.

وأما كونها لسيده إذا قبلها ؛ فلأنها كسبٌ من أكساب العبد . فكان لسيده ؛ كالصيد.

قال: (وتصح لعبده بمشاع كثلثه . فإذا وصى له بثلثه عتق وأخذ فاضل الثلث، وإذا لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث).

أما كون الوصية لعبده تصح[1] بمشاعٍ كما مثل المصنف رحمه الله ؛ فلأن ذلك وسيلةٌ إلى عتقه . أشبه ما لو وصى بعتقه.

وأما كونه يعتق إذا وصى له بثلثه ؛ فلأنه كل الثلث أو بعضه فيتعين الوصية فيه نظراً إلى تحصيل العتق . ويعتق؛ لأنه ملك نفسه.

وأما كونه يأخذ ما فضل من الثلث ؛ فلأنه حرٌ وقد أوصي له بالثلث . فاستحق بقيته ؛ كالحر.

وأما كونه يعتق منه بقدر الثلث إذا لم يخرج منه ؛ فلأن وصيته تصح في ذلك.

ومفهوم كلام المصنف رحمه الله: أنه لا يعتق منه أكثر من ذلك . وهو صحيح؛ لأن الوصية لا تنفذ في الزائد عن الثلث إلا بإجازة الوارث ولم توجد.

قال: (وإن وصى له بمعين أو بمائة لم يصح . وحكي عنه أنه يصح).

أما كون الوصية لعبد الموصي[2] بما ذكر لا تصح على المذهب ؛ فلأنه يصير ملكاً للورثة فيملكون وصيته فكأنه وصى لورثته بما يرثونه . فلم يصح؛ لعدم الفائدة فيه.

وأما كونها تصح على روايةٍ ؛ فلأن تلك إحدى الوصيتين . فصحت ؛ كما لو وصى له بمشاع في مال.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) سقط لفظي: لعبد الموصي من هـ.

قال: (وتصح للحمل إذا علم أنه كان موجوداً حين الوصية بأن تضعه لأقل من ستة أشهر إن كانت ذات زوج ، أو سيد يطؤها أو لأقل من أربع سنين إن لم يكن كذلك في أحد الوجهين . وإن وصى لمن تحمل هذه المرأة لم يصح).

أما كون الوصية تصح للحمل ؛ فلأنه يرث، والوصية تجري مجرى الميراث من حيث إنها انتقال المال من إنسان بعد موته إلى الموصى له بغير عوض ؛ كانتقال الميراث إلى الوارث . وقد سمى الله الميراث وصية بقوله: ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾[النساء: ١١].

ولأن الوصية أوسع من الميراث؛ لأنها تصح للمخالف في الدين والعبد . بخلاف الميراث.

وأما كون العلم بوجوده حين الوصية شرطاً لصحتها ؛ فلأنه إذا لم يكن موجوداً تكون الوصية لحمل يحدث ، وذلك غير صحيح؛ لما يذكر بعدُ . وإذا اشتُرِط كونه موجوداً فلا بد من العلم بذلك ليتحقق الشرط.

وأما قول المصنف رحمه الله: بأن تضعه فبيان[١] لطريق العلم به.

فعلى هذا يُنظر فإن كانت المرأة ذات فراشٍ من زوجٍ أو سيدٍ[٢] يطؤها ووضعته لستة أشهر فما دون . عُلم أنه كان موجوداً ؛ لاستحالة أن يولد لأقل من ذلك.

ولم يذكر المصنف رحمه الله ستة أشهر ولا بد منها فإنها إذا وضعت لستة أشهر علم أيضاً أنه كان موجوداً؛ لاستحالة [أن يولد ولد لأقل من ذلك][٣]. وصرح به في المغني. وإن وضعته لأكثر من ذلك لم يعلم كونه موجوداً حين الوصية؛ لاحتمال حدوثه بعد الوصية .

وإن لم تكن ذات فراش ، أو كان لها فراش إلا أنه لم يكن[٤] يطأ ووضعته لأربع سنين فما دون : ففيه وجهان:

---

(١) في هـ: بيان.

(٢) في هـ: فإن كانت المرأة ذات زوج أو سيدها.

(٣) ساقط من هـ.

(٤) زيادة من ج.

أحدهما: تصح الوصية ؛ لأنه محكومٌ بوجوده لاحقٌ بأبيه.

والثاني: لا يصح ؛ لأنه مشكوك في وجوده . فلم يصح مع الشك فيه. ولا يلزم من لحوق النسب صحة الوصية . فإن النسب يثبت بالاحتمال. والكلام في قول المصنف: لأقل من أربع سنين كالكلام في قوله: لأقل من ستة أشهر.

وإن وضعته لأكثر من ذلك لم يعلم وجوده لا حقيقة ولا حكماً.

وأما كون الوصية لمن تحمل هذه المرأة لا تصح ؛ فلأن الوصية تمليكٌ . فلا تصح للمعدوم.

ولأن الوصية أُجريت مجرى الميراث. ولو حدث حملٌ يرث عند موت قريبه لو كان موجوداً لم يرث . فكذلك الوصية.

فإن قيل: لو وقف على من يحدث من ولده أو لد ولده صح . فالوصية أولى؛ لأنها تصح بالمعدوم والمجهول.

قيل: الوقف يراد للدوام . فمن ضرورته إثباته للمعدوم.

قال: (وإن قتل الوصي الموصي بطلت وصيته . وإن جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح لم تبطل في ظاهر كلامه . وقال أصحابنا في الوصية : للقاتل روايتان).

أما كون الوصية تبطل إذا قتل الوصي الموصي ؛ فلأنه قصد تعجيل وصيته . فعورض بنقيض قصده ؛ كالوارث إذا قتل موروثه، والزوج إذا طلّق زوجته في مرض موته.

وأما كونها لا تبطل إذا جرحه ثم أوصى له فمات من الجرح في ظاهر كلام الإمام أحمد ؛ فلأن الوصية بعد الجرح صدرت من أهلها في محلها، ولم يطرأ عليها ما يبطلها . فصحت عملاً بالمقتضي للصحة السالم عن المبطل.

وأما كون الوصية للقاتل فيها روايتان على قول الأصحاب سواء وصى له فقتله أو جرحه جرحاً صالحاً للزهوق ثم وصى له ؛ فلدلالة الدليل عليهما : أما على البطلان في الأولى ؛ فلما تقدم . وأما في الثانية ؛ فلأنه قاتلٌ . فبطلت وصيته ؛ كالأولى.

وأما على عدمه فيهما ؛ فلأن الهبة تصح للقاتل . فكذلك الوصية.

والأولى ما ذكر المصنف رحمه الله من الفرق[1] بين القاتل بعد الوصية وبين من وُصي له بعد الجرح من حيث: إن القاتل بعد الوصية استعجل وصيته بقتل الموصي . فعورض بنقيض قصده . بخلاف من جرح ثم وُصي له فإنه لا ينسب إليه استعجال وصيته؛ لأنها لم تكن موجودة بعد.

قال: (**وإن وصى لصنف من أصناف الزكاة ، أو لجميع الأصناف : صح. ويعطى كل واحد منهم القدر الذي يعطاه من الزكاة**).

أما[2] كون الوصية تصح لمن ذُكر ؛ فلأنه أهلٌ للتمليك . بدليل الزكاة، والوصية تمليك.

ولأن الوقف يصح عليه؛ لما ذكر في موضعه . فلأن تصح الوصية له بطريق الأولى.

وأما كون كل واحدٍ منهم يعطى من الوصية المذكورة ما يعطى من الزكاة ؛ فلأن مطلق كلام الآدمي يحمل على المقيد من كلام الله.

قال: (**وإن وصى لكَتْب القرآن ، أو العلم، أو لمسجد، أو لفرس حبيس ينفق عليه : صح . وإن مات الفرس رُدّ الموصى به أو باقيه إلى الورثة**).

أما كون الوصية لأحد ما ذُكر تصح ؛ فلأن كل واحدٍ من ذلك فيه قُربة . فصحت الوصية له ؛ كالفقير.

وأما كون الموصى به للفرس أو باقيه يُردّ إلى الورثة إذا مات ؛ فلأنه لما بطل محل الوصية وجب الرد على الورثة ؛ كما لو ردّ الموصى له الوصية.

قال: (**وإن وصى في أبواب البر صُرف في القُرَب . وقيل عنه: يصرف في أربع جهات : في أقاربه، والمساكين، والحج، والجهاد . وعنه: فداء الأسرى مكان الحج**).

أما كون ما وصي به في أبواب البرّ يُصرف في القُرب على ما ذكر المصنف

---

(١) سقط لفظي: من الفرق من هـ.

(٢) في هـ: وأما.

رحمه الله [هنا وهو اختياره][1]؛ فلأن القُرب هي أبواب البر.

وأما كونه يُصرف في الأقارب والمساكين والحج والجهاد على روايةٍ قيلت عن الإمام وهي المذهب ؛ فلأن أبواب البر وإن كانت عامة في كل قربةٍ إلا أن الظاهر من حال الموصي أنه أراد المشهور من ذلك ، والجهات الأربع هي أشهر القرب.

وأما كون فداء الأسرى مكان الحج على روايةٍ ؛ فلأن فيه تخليص رقبةٍ مؤمنةٍ من أيدي الكفار.

ولأن تخليص الأسير يتضمن نفع المخلص ونفع نفسه . بخلاف الحج فإنه لا يتضمن إلا نفع من حج عنه.

قال المصنف في المغني: يعني اختصاص الجهات المذكورة ليس على سبيل اللزوم والتحديد بل يجوز صرفه في جهات البر كلها؛ لأن اللفظ للعموم فيجب حمله على عمومه .

وفيه إشعارٌ بكون قوله أولاً: صُرف في القرب على جهة الاختيار منه لا أنه[2] منقولٌ عن أحد من الأصحاب . ولذلك نبّه عليه عند شرحه. ويعضده أن أبا الخطاب لم ينقل أنه في غير الجهات المذكورة.

قال: (وإن وصى أن يحج عنه بألف صُرف في حجة بعد أخرى حتى ينفذ . ويدفع إلى كل واحد قدر ما يحج به).

أما كون الوصية بما ذكر تُصرف في حجةٍ بعد أخرى حتى ينفذ ؛ فلأن مقتضى الوصية صرف المال فيما وصي به ، وقد وصى بألفٍ في حجٍ . فيجب أن يُصرف في حجةٍ بعد حجة.

وأما كونه يُدفع إلى كل واحدٍ قدر ما يحج به ؛ فلأن حاجته إلى ذلك يقتضي ذلك .

وفيما ذكر إشعارٌ بأنه لا يجوز أن يزاد من يحج على ما يحتاج إليه . وهو صحيح؛ لأنه تصرف بطريق النظر . فلم تجز الزيادة على ما تقتضيه العادة.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: لأنه.

قال: (وإن قال : يُحج عني حجة بألف دفع الكل إلى من يحج . فإن عيّنه في الوصية فقال : يحج عني فلان بألف فأبى الحج[1] وقال: اصرفوا إليّ الفضل لم يُعْطَه وبطلت الوصية).

أما كون الكل فيما ذُكر يدفع إلى من يحج عن الموصي ؛ فلأنه أوصى به في حجة واحدةٍ . فوجب أن يعمل بها.

وأما كون الفضل لا يعطى للموصى له إذا كان معيناً وأبى أن يحج وقال: اصرفوا إليّ ذلك ؛ فلأنه إنما أوصي له بالزيادة بشرط الحج و لم يوجد.

وأما كون الوصية تبطل ؛ فلأن الموصى له لم يقبل الوصية وامتنع من فعلها . أشبه ما لو أوصي له بمال فردّه.

[فإن قيل: بطلان الوصية مشعرٌ بأن المال الموصى به للورثة ، وذلك ظاهر في أنه لا يحج عنه . وذلك مشكل من وجوه:

أحدها: أن الوصية المذكورة فيها حقٌّ للحج وحقٌّ للموصى له . فردّه يُبطل حقه . فَلِمَ يبطل حق غيره . ولذلك زاد بعض من أذن له المصنف رحمه الله في الإصلاح في حقه.

وثانيها: أنه قال في الكافي: فإن أبى المعين الحج صرف إلى من يحج عنه نفقة المثل والباقي للورثة . وبين ذلك وبين ما تقدم تناقض.

وثالثها: أن الموصي إذا كان ممن وجب عليه الحج ، و لم يحج تعين الحج عنه . ولذلك قال صاحب المحرر فيه: ومتى أبى المعيَّن أن يحج أقيم غيره بنفقة المثل والفضل للورثة .

قيل: الجوابُ عن إشعار بطلان الوصية بأن المال الموصى به للورثة صحيح وهو كذلك.

وعن قوله: وذلك ظاهر في أنه لا يحج عنه من الموصى به لكونه موصى به لا في أنه لا يحج عنه مطلقاً؛ لأن الكلام لا دلالة له على ذلك. وكونه لا يحج عنه من المال الموصى به لكونه موصى به صحيح؛ لأن الوصية إذا بطلت بطل تعين الحج من الموصى به.

---

(١) ساقط من هـ.

وعن قوله: الوصية فيها حقٌّ للحج فكيف يبطل برد المعين : بأن اللفظ المذكور دالٌّ على حج المعين لا على الحج مطلقاً . وقد تعذر حصول ما دل اللفظ عليه بردّه فيبطل .

وعن زيادة بعض من أذن له المصنف رحمه الله بأنها زيدت لنفي ما توهم أولاً؟ ويرد عليها: أنها توهم عدم بطلان الوصية بالنسبة إلى الحج حتى أن ذلك يقتضي الحج من الموصى به؛ لكونه موصى به . وليس كذلك؛ لما تقدم ذكره.

وعن قوله في الكافي : صُرف إلى من يحج عنه نفقة المثل : بأن ذلك ليس صريحاً في الصرف من الوصية بل يجوز أن يكون من التركة ونحن نقول به . لا يقال ظاهره ذلك، لأنا نقول يجب حمله على ما ذكر؛ لما تقدم . على أن كلامه عام فيمن عليه حج ومن لا حج عليه وليس ذلك مراداً، ولذلك صرح صاحب المحرر فيه بأن من أوصى ولا حج عليه بطلت الوصية بالرّد. وإذا حمل كلامه على ما ذكر لا تناقض.

وعن قوله: أن الموصي إذا كان ممن يجب الحج عليه تعين الحج عنه : بأنه يتعين الحج عنه من تركته أم من المال الموصى به ؟ الأول: مسلم، والثاني: ممنوع.

وعن قوله: ولذلك قال صاحب المحرر فيه ما تقدم : بأنه ليس في قوله تصريحٌ بأن ذلك من الموصى به.

فإن قيل: ظاهره ذلك كقوله: والفضل للورثة.

ولأنه حكم ببطلان الوصية فيما إذا كان الموصي لا حج عليه وسكت عن ذلك هنا.

قيل: يجب صرفه عن ظاهره؛ لما تقدم. والحكم ببطلان الوصية فيمن لا حج عليه والسكوت عن ذلك هنا لنفي التوهم المتقدم ذكره][1].

قال: (**وإن وصى لأهل سكّته فهو لأهل دربه . وإن وصى لجيرانه تناول أربعين داراً من كل جانب . وقال أبو بكر : مستدار أربعين داراً**).

أما كون الوصية لأهل سِكّته لأهل دربه ؛ فلأن دربه سكته وقد أضافها إليه .

---

(١) ساقط من هـ.

فتعين كون المراد ذلك.

وأما كون الوصية لجيرانه يتناول أربعين داراً من كل جانب على المذهب ؛ فلما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: « الجارُ أربعونَ داراً هكذَا وهكذَا وهكذَا ». رواه الإمام أحمد.

وأما كون ذلك مستدار أربعين داراً على قول أبي بكر ؛ فلأن أولئك أقرب ممن ذكر.

والأول أولى؛ لما تقدم من الحديث.

قال: (وإن وصى لأقرب قرابته وله أب وابن فهما سواء . والجد والأخ سواء . ويحتمل تقديم الابن على الأب ، والأخ على الجد ، والأخ من الأب . والأخ من الأم سواء ، والأخ من الأبوين أحق منهما).

أما كون الأب والابن سواء في الوصية لأقرب قرابته على المذهب ؛ فلأن كل واحدٍ منهما يليه في القرب . فلم يكن أحدهما أقرب من الآخر.

وأما كون الجد والأخ سواء ؛ فلأن كل واحدٍ منهما يدلي بالأب . فكانا سواء.

وأما كونه يحتمل تقديم الابن على الأب ، والأخ على الجد ؛ فلأن الوصية يُلحظ فيها الصلة . فينبغي أن تحمل حالة الموت على حالة الحياة ، وصلة الحي إلى ابنه وأخيه أكثر من أبيه وجده.

وأما كون الأخ من الأب والأخ من الأم سواء ؛ فلأنهما في درجةٍ واحدة.

[فإن قيل: كيف يسوّى بين الأخ من الأب وبين الأخ من الأم ؟ ولو وصى لقرابته لم يدخل في ذلك الأخ من الأم على المذهب، ومن لا يدخل في القرابة لا يدخل في أقرب القرابة ؟

قيل: ذلك مخرّج على الرواية الأخرى. ذكره صاحب المغني فيه . فأما على المذهب فلا؛ لما ذكر][1].

وأما كون الأخ من الأبوين أحق منهما ؛ فلأنه يساويهما في إحدى الجهتين ويمتاز بالأخرى . فله مزيد قُرب.

---

(١) ساقط من هـ.

فصل [لا تصح الوصية لكنيسة]

قال المصنف رحمه الله: (ولا تصح الوصية لكنيسة ، ولا بيت نار، ولا لكُتُب التوراة والإنجيل، ولا لملك، ولا لميت ، ولا لبهيمة).

أما كون الوصية لا تصح للثلاثة الأول ؛ فلأن كل ذلك معصية . فلم تصح الوصية له ؛ كالوقف عليه.

وأما كونها لا تصح للثلاثة الأُخَر ؛ فلأن الوصية تمليكٌ والثلاثة لا تقبل التمليك؛ لما تقدم.

قال: (وإن وصّى لحي وميت يَعلم موته فالكل للحي . ويحتمل أن لا يكون له إلا النصف . وإن لم يَعلم فللحي نصف الموصى به).

أما كون الكل للحي إذا عَلم الموصي موت الآخر على المذهب ؛ فلأنه إذا وصّى بذلك مع علمه بموته فكأنه قصد الوصية للحي وحده . فيكون له وحده ؛ كما لو صرّح به.

وأما كونه يحتمل أن لا يكون له[1] إلا النصف ؛ فلأنه أضاف الوصية إليهما . فإذا لم يكن أحدهما محلاً للتمليك بطلت[2] في نصيبه وبقي نصيب الحي وهو النصف.

وأما كونه له نصف الموصى به وجهاً واحداً إذا لم يَعلم ؛ فلأنه أضاف الوصية إليهما، ولا قرينة تدل على عدم إرادة الآخر؛ لأنه لم يَعلم موته، وإذا كان كذلك وجب أن لا يكون للحي إلا النصف . عملاً بالمقتضي السالم عن القرينة.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: فبطل.

قال: (وإن وصّى لوارثه وأجنبي بثلث ماله . فرد الورثة : فللأجنبي السدس . وإن وصى لهما بثلثي ماله : فكذلك عند القاضي . وعند أبي الخطاب: له الثلث كله).

أما كون الأجنبي له السدس في الوصية بالثلث ؛ فلأنه لما وصى لهما[1] بذلك اقتضى أن يكون لكل واحدٍ منهما السدس . فصح السدس للأجنبي؛ لأنه لا اعتراض للورثة عليه ، وبطل سدس الوارث؛ لأن الوصية له لا تصح إلا بإجازة الورثة.

وأما[2] كون الحكم كذلك عند القاضي في الوصية بالثلثين ؛ فلأن الورثة لما ردوا الوصية بقي الثلث بينهما ، وسدس الوارث يسقط بالرد . فيبقى للأجنبي السدس.

وأما كونه له الثلث كله عند أبي الخطاب ؛ فلأنه موصى له بالثلث ، وإنما يرجع إلى السدس عند مزاحمة الوارث ، والوارث هنا سقط بالرد . فوجب أن يكون للأجنبي الثلث عملاً بوصيته السالمة عن المعارض.

قال: (وإن وصّى بماله لابنيه وأجنبي . فردا وصيته فله التسع عند القاضي ، وعند أبي الخطاب: له الثلث . وإن وصى لزيد وللفقراء والمساكين بثلثه فلزيد التسع).

أما كون الأجنبي له التسع عند القاضي إذا وصّى بماله لابنيه وأجنبي فردا وصيته ؛ فلأن بالرد رجعت الوصية إلى الثلث ، والموصى له هنا ثلاثة: ابنان وأجنبي . فيكون للأجنبي التسع؛ لأنه ثلث الثلث.

وأما كونه له الثلث عند أبي الخطاب ؛ فلأن الأجنبي موصى له بالثلث ، وبالرد بطلت وصية الوارث . فوجب أن يكون له الثلث عملاً بالوصية السالمة عن المزاحم.

وأما كون زيدٍ له التسع إذا وصى له وللفقراء والمساكين بثلثه ؛ فلأنه جعل ثلثه لجهاتٍ ثلاثٍ . فوجب أن يقسم بينهما ؛ كما لو قال: لزيدٍ وعمروٍ وبكرٍ.

(١) في هـ: لها.
(٢) في هـ: أما.

باب الموصَى به

قال المصنف رحمه الله: **(تصح الوصية بما لا يُقدر على تسليمه؛ كالآبق، والشارد، والطير في الهواء، والحمل في البطن، واللبن في الضرع. وبالمعدوم كالذي تحمل أمته، أو شجرته أبداً، أو في مدة معينة. فإن حصل منه شيء فهو له، وإلا بطلت الوصية)**.

أما كون الوصية تصح بما لا يُقدر على تسليمه؛ فلأنها تصح بالمعدوم لما يأتي؛ فلأن تصح بالموجود بطريق الأولى.

وأما كونها تصح بالمعدوم؛ فلأن الغرر والخطر ليس بمانعٍ في الوصية؛ لأنه ليس في مقابلتها عوض يتضرر صاحبها بفواته. بخلاف البيع.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالآبق والشارد والطير في الهواء والحمل في البطن واللبن في الضرع؛ فتمثيلٌ لما لا يُقدر على تسليمه.

وقوله: كالذي تحمل أمته أو شجرته تمثيل للمعدوم.

وأما قوله: أبداً أو في مدة معينة؛ فتنبيهٌ على أن الوصية بالمعدوم على ضربين:

أحدهما: أن يكون الحمل فيما ذكر للموصى له على التأبيد.

وثانيهما: أن يكون له ذلك مدة معينة كسنة دون ما عداها.

وأما كون ما يحصل من ذلك للموصى له به؛ فلأن الوصية صحت. فوجب أن يكون الموصى به للموصى له.

وأما كون الوصية تبطل إذا لم يحصل من ذلك للموصى به شيء؛ فلأنها لم تصادف محلاً. أشبه ما لو وصى بثلث ماله. فلم يخلّف شيئاً.

قال: **(وإن وصى له بمائة لا يملكها صح. فإن قدر عليها عند الموت أو على شيء منها[1]، وإلا بطلت)**.

أما كون الوصية بمائة لا يملكها الموصي تصح؛ فلأن غاية ما يُقَدَّر في ذلك

---

(١) في هـ: منهما.

أنها معدومة، والوصية بالمعدوم صحيحة.

وأما كونها تبطل إذا لم يقدر عليها عند الموت ولا بقي شيء منها ؛ فلأن الوصية لم تصادف محلاً.

قال: (وتصح الوصية بما فيه نفعٌ مباحٌ من غير المال ؛ كالكلب ، والزيت النجس . فإن لم يكن للموصي مال فللموصى له ثلث ذلك . وإن كان له مال فجميع ذلك للموصى له وإن قل المال في أحد الوجهين، وفي الآخر: له ثلثه . وإن لم يكن له كلبٌ لم تصح الوصية به[١]).

أما كون الوصية تصح بما فيه نفعٌ مباحٌ من غير المال ؛ فلأن الوصية تفيد اختصاصاً بالموصى له . فصحت بما ذكر ؛ كالإرث . وبه فارقت البيع؛ لأن البيع يعتمد المال.

وأما كون الموصى له : له[٢] ثلث ذلك إذا لم يكن للموصي مال ؛ فلأن الوصية إنما تنفذ في الثلث.

وأما كونه له جميع ذلك إذا كان للموصي مال وإن قلّ في وجهٍ ؛ فلأن الثلث أكثر منه.

وأما كونه له ثلثه[٣] لا غير في وجهٍ ؛ فلأن ذلك ليس من جنس المال، وإنما هو حق منفرد . فلم يكن له جميعه؛ لئلا يلزم أن يكون له شيء ليس للورثة مثلاه.

وأما كون الوصية بالكلب لا تصح إذا لم يكن له كلبٌ ؛ فلأنها لم تصادف محلاً يثبت الحق فيه.

قال: (ولا تصح الوصية بما لا نفع فيه ؛ كالخمر ، والميتة ، ونحوهما).

أما كون الوصية بما لا نفع فيه لا تصح ؛ فلأنه خالٍ عن مقصودٍ شرعيٍ من وجه ما.

ولأن من جملة ذلك الخمر، وقد حث الشرع على إراقته وإعدامه . فلم يناسب الحال صحة الوصية به.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) مثل السابق.

(٣) في هـ: ثلث.

ولأن ذلك لو كان في يد شخص لأجبر على إزالته . فلئلا يُقَرّ عليه أحد من جهة غيره بطريق الأولى.

وأما قول المصنف رحمه الله: كالخمر والميتة ونحوهما؛ فتعداد لصور لا نفع فيها.

قال: (وتصح بالمجهول ؛ كعبد ، وشاة . ويعطى ما يقع عليه الاسم. فإن اختلف الاسم بالحقيقة والعرف ؛ كالشاة في العرف للأنثى. والبعير والثور هو في العرف للذكر وحده، وفي الحقيقة للذكر والأنثى : غلب العرف . وقال أصحابنا : تغلب الحقيقة . والدابة : اسم للذكر والأنثى من الخيل والبغال والحمير).

أما كون الوصية بالمجهول كعبدٍ وشاةٍ تصح ؛ فلأن الموصى له يخلّف الميت في الثلث ؛ كما يخلّفه الوارث في الثلثين ، والوارث يخلّف موروثه في ثلثيه مع الجهالة . فكذلك الموصى له.

وأما كونه يعطى ما يقع عليه الاسم ؛ فلأن بذلك يخرج عن عهدة الوصية.

وأما كونه يُغلب العرف على اختيار المصنف إذا اختلف الاسم بالحقيقة والعرف ؛ فلأن ذلك هو المراد غالباً . بدليل تبادره إلى الفهم.

ولأن الشارع لو خاطب أقواماً بشيء لهم فيه عرف . فحملوه على ما يعرفونه : لم يعدوا مخالفين.

فعلى هذا لو كانت الوصية بشاةٍ أعطي الموصى له أنثى؛ لأنها لها في العرف.

ولو كانت ببعير أو ثور أعطي الذكر وحده ؛ لأن كل واحدٍ منهما له في العرف.

وأما كونه يُغلب الحقيقة على قول أصحابنا ؛ فلأنها الأصل.

فعلى هذا يعطى الموصى له ذكراً أو أنثى ؛ لأن كل واحدٍ[1] من ذلك يسمى شاة وبعيراً وثوراً حقيقة.

وأما كون الدابة اسماً للذكر والأنثى من الخيل والبغال والحمير ؛ فلأن ذلك هو المتعارف.

قال: (ومن وصى له بغير معين؛ كعبدٍ من عبيده : صح . ويعطيه الورثة ما

(١) ساقط من هـ.

شاءوا منهم في ظاهر كلامه . وقال الخرقي : يعطى واحداً بالقرعة . فإن لم يكن له عبيد لم تصح الوصية في أحد الوجهين، وتصح في الآخر. ويشترى له ما يسمى عبداً . وإن كان له عبيد فماتوا إلا واحداً تعينت الوصية فيه . فإن قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم على قاتله).

أما كون الوصية بغير معينٍ كعبدٍ من عبيده تصح ؛ فلأن الجهالة في هذا أقل من الجهالة في عبدٍ ، وقد صححت فيه؛ لما تقدم . فلأن تصح هاهنا بطريق الأولى.

وأما كون الموصى له يعطيه الورثة ما شاءوا من تلك العبيد في ظاهر كلام الإمام أحمد ؛ فلأنه يتناوله الاسم . فيرجع إلى رأيهم فيه ؛ كما لو وُصّي له بحظٍ أو جزء.

وأما كونه يُعطى واحداً بالقرعة على قول الخرقي ؛ فلأنهم استووا بالنسبة إلى استحقاقه . فأقرع بينهم ؛ كما لو أعتق واحداً منهم. وذكر المصنف رحمه الله في الكافي قول الخرقي رواية.

وأما كون الوصية لا تصح إذا لم يكن له عبيد في وجهٍ ؛ فلأنه وصى بما لا يملك . أشبه ما لو وصى بدارٍ ولا دار له.

وأما كونها تصح في وجهٍ ؛ فلأنه لما تعذّرت الصفة بقي أصل الوصية.

فعلى هذا يشترى له ما يسمى عبداً؛ لأن الاسم يتناوله فيخرج به عن عهدة الوصية.

وأما كون الوصية تتعين في الحي إذا كان له عبيدٌ فماتوا إلا واحداً ؛ فلأنه لم يبق غيره.

وأما كون الموصى له له قيمة أحدهم على قاتله إذا قتلوا كلهم ؛ فلأن حقه في واحدٍ منهم وقد قتلهم كلهم . فوجب عليه ضمانه ؛ كما لو قتل شخص عبد غيره.

قال: (وإن وصّى له بقوس ، وله أقواسٌ للرمي والندف والبندق فله قوس النشاب؛ لأنه أظهرها . إلا أن تقترن به قرينة تصرف إلى غيره . وعند أبي الخطاب: له واحد منها كالوصية بعبدٍ من عبيده).

أما كون الموصى له بقوس له قوس النشاب فيما ذكر إذا لم تقترن به قرينة

تصرف إلى غيره ؛ فلما علل المصنف رحمه الله من أنه أظهرها.

وأما كونه له واحد منها على قول أبي الخطاب ؛ فلأنه في معنى الوصية بعبدٍ من عبيده.

وأما كونه له ما تقترن به قرينة تصرف إليه ؛ فلأن القرينة كالصريح.

قال: (وإن وصى له بكلب أو طبل وله منها مباح ومحرم انصرف إلى المباح. وإن لم يكن له إلا محرم لم تصح الوصية).

أما كون الوصية تنصرف إلى المباح فيما ذُكر ؛ فلأن وجود المحرم كعدمه شرعاً.

ولأنه لو صرح بالوصية بالمحرم لم تصح . فلئلا يشمله اللفظ عند الإطلاق بطريق الأولى.

وأما كون الوصية لا تصح إذا لم يكن له إلا محرم ؛ فلأن الوصية بالمحرم معصية . فلم تصح ؛ كما لو وصى للكنيسة.

قال: (وتنفذ الوصية فيما علم من ماله وما لم يعلم . وإذا وصى بثلثه فاستحدث مالاً دخل ثلثه في الوصية . وإن قُتل وأُخذت ديته فهل تدخل الدية في الوصية ؟ على روايتين . وإن وصى بمعين بقدر نصف الدية فهل تحسب الدية على الورثة من الثلثين ؟ على وجهين).

أما كون الوصية تنفذ فيما عُلم من ماله وما لم يعلم ؛ فلأن كليهما من ماله . فدخل في وصيته ؛ كالآخر.

ولأن المعدوم يدخل في ذلك ؛ فلأن يدخل الموجود[1] غير المعلوم بطريق الأولى.

وأما كونه يدخل ثلث ما استحدثه في الوصية ؛ فلأن وصيته بثلث ما يملك عند موته ، والحادث مملوكٌ له عند موته.

وأما كون الدية تدخل في الوصية ففيه روايتان مبنيتان على أنها هل تثبت للميت ثم تنتقل إلى الورثة أو تثبت للورثة ابتداء ؟ وفيه روايتان :

---

(١) في هـ: المجود.

إحداهما: تثبت للميت ؛ لأنها بدلُ نفسه ونفسُه له .

ولأن دية الأطراف له . فكذلك دية النفس .

فعلى هذه يدخل ثلثها في وصيته ؛ لأنها من ماله .

وثانيهما: يثبت للورثة ابتداء ؛ لأن سببها الموت . فلا يجوز الوجوب قبله؛ لأن الحكم لا يتقدم سببه.

ولأن الميت بالموت يزول ملكه . فكيف يتجدد له ملك ؟.

فعلى هذه لا يدخل ثلثها في الوصية ؛ لأن الدية ليست ملكه بل ملك الورثة .

والأولى أولى ؛ لما ذكر.

والسبب الموجب للدية: الجرح الصالح للزهوق وهو موجودٌ في حياته ، والموت شرط . فلا يلزم من الوجوب سبقه على السبب . وتجدد الملك للميت غير ممتنعٍ . بدليل من نصب شبكة ثم مات فوقع فيها صيدٌ فإنه يكون للميت يقضى منه دينه ووصيته . وهو متجدد .

وأما كون الدية هل تحسب على الورثة من الثلثين ؟ على وجهين إذا وصى بمعين بقدر[(١)] نصف الدية ؛ فلأنه[(٢)] ما تقدم ذكره يجري في ذلك ؛ لأنه إن قيل : الدية للميت حسبت[(٣)] على الورثة ؛ لأنها من ماله .

وإن[(٤)] قيل: هي لهم لم تحسب عليهم ؛ لأنها ليست من ماله .

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: فإنه.

(٣) في هـ: حسب.

(٤) في هـ: فإن.

فصل [في الوصية بالمنافع]

قال المصنف رحمه الله: (**وتصح الوصية بالمنفعة المفردة . فلو وصّى لرجل بمنافع أمته أبداً أو مدة معينة صح**).

أما كون الوصية تصح بالمنفعة المفردة ؛ فلأن المنفعة تملك بعقد المعاوضة . فوجب أن تصح الوصية بها ؛ كالأعيان.

ولأن الوصية هبة المنفعة بعد الموت . فوجب أن تصح كهبتها حياةً في العارية.

وأما كون الوصية بمنافع أمته أبداً أو مدة معينة تصح ؛ فلأن الوصية بذلك وصية بمنفعة، والوصية بالمنفعة تصح؛ لما تقدم.

قال: (**وإذا وصّى بها أبداً فللورثة بيعها وعتقها . وقيل: لا يصح بيعها إلا لمالك نفعها . ولهم ولاية تزويجها وأخذ مهرها في كل موضع وجب؛ لأن منافع البضع لا تصح الوصية بها . وقال أصحابنا : مهرها للوصي**).

أما كون الورثة لهم بيع الأمة الموصى بمنفعتها أبداً وعتقها على المذهب ؛ فلأن البيع والعتق يقعان على الرقبة وهي مملوكة.

وأما كونها لا يصح بيعها إلا لمالك نفعها على قول ؛ فلأن بيع ما لا نفع فيه لا يصح ، وبيعها لغير مالك نفعها بيعٌ لما لا نفع فيه مملوك لغير البائع. وإنما صح بيعها لمالك نفعها؛ لأنه يتضمن خلوص العين له رقبة ومنفعة ، وفي ذلك نفع . فيكون البيع مشتملاً على نفع . بخلاف غيره.

وأما كونهم لهم ولاية تزويجها وأخذ مهرها في كل موضعٍ وجب على قول غير الأصحاب ؛ فلما علل المصنف من أن منافع البضع لا تصح الوصية بها. وإنما لم تصح الوصية بها؛ لأن[1] عارية الأمة للوطء لا يجوز . فكذا الوصية. وإذا لم تصح الوصية بها بقيت للورثة . فكان لهم العقد عليها وأخذ ما يقابلها في كل موضعٍ وجب.

---

(١) في هـ: لأنها.

وأما كون مهرها للوصي على قول أصحابنا ؛ فلأنه بدل المنفعة، وهي مستحقة له.

قال: (وإن وُطئت بشبهة فالولد حرٌ، وللورثة قيمة ولدها عند الوضع على الواطئ).

أما كون الولد حراً ؛ فلأن وطء الشبهة كالوطء في النكاح لمكان الشبهة.

وأما كون الورثة لهم قيمة ولدها ؛ فلأنه امتنع رقّه . فوجب جبر ما فات من رقّه.

وأما كون القيمة عند الوضع ؛ فلأنه حينئذٍ وجد ؛ لأنه قبل الوضع لا يُعلم قيمته . فوجب اعتبار أول حالة يعلم بها.

وأما كون القيمة على الواطئ ؛ فلأنه هو المفوّت.

قال: (وإن قتلت فلهم قيمتها في أحد الوجهين . وفي الآخر: يشترى بها ما يقوم مقامها).

أما كون الورثة لهم قيمة المقتولة في وجهٍ ؛ فلأن الإتلاف صادف الرقبة ، وفوات المنفعة حصل ضمنا.

وأما كونها يشترى بها ما يقوم مقامها في وجهٍ ؛ فلأن الحق يعود على مثل ما كان.

ولأنه لو قتل جارية موقوفة اشترى بقيمتها ما يقوم مقامها . فكذا هاهنا.

قال: (وللوصى استخدامها وإجارتها وإعارتها . وليس لواحد منهما وطئها . وإن ولدت من زوجٍ أو زناً فحكمه حكمها).

أما كون الوصي له ما تقدم ذكره ؛ فلأن جميع ما ذكر من منفعتها وهو موصى له بها.

وأما كونه ليس لواحدٍ من الوصي ومالك الرقبة وطئها ؛ فلأن الوصيَّ الرقبةُ لغيره ، والوطء لا يجوز إلا في نكاحٍ أو ملك رقبةٍ ، وكلاهما منتفٍ هاهنا. ومالك الرقبة المنفعة لغيره، والوطء منفعة.

وأما كون حكم ما ولدت من زوجٍ أو زناً حكم أمه ؛ فلأن الولد يتبع الأم .

فكان حكمه حكمها ؛ كولد أم الولد والمكاتبة.

قال: (وفي نفقتها ثلاثة أوجه؛ أحدها: أنها في كسبها. والثاني: على مالكها. والثالث: على الوصي).

أما كون نفقة الموصى بمنفعتها في كسبها في وجهٍ ؛ فلأنه[1] يتعذر إيجاب النفقة على مالك الرقبة؛ لكونه لا نفع له، وعلى مالك المنفعة؛ لكونه لا رقبة له . فلم يبق إلا أن يجب في كسبها.

وأما كونها على مالك الرقبة في وجهٍ ؛ فلأنه مالكها . فوجبت عليه نفقتها ؛ كنفقة العبد المستأجر.

وأما كونها على الوصي في وجهٍ ؛ فلأن النفع له . فكانت النفقة عليه ؛ كنفقة الزوجة.

قال: (وفي اعتبارها من الثلث وجهان:

أحدهما: يعتبر جميعها من الثلث.

والثاني: تقوّم بمنفعتها ثم تقوّم مسلوبة المنفعة فيعتبر ما بينهما).

أما كون الموصى بمنفعتها يعتبر جميعها من الثلث في وجهٍ ؛ فلأن المنفعة مجهولة لا يمكن تقويمها . فوجب اعتبار جميعها.

وأما كونها تقوّم بمنفعتها ثم تقوّم مسلوبة المنفعة فيعتبر ما بينهما في وجهٍ ؛ فلأن المنفعة هي الموصى بها. وإنما يعتبر من الثلث الموصى به.

فعلى هذا طريق العلم بذلك أن يقال: قيمتها بمنفعتها مائة ومسلوبة المنفعة عشرة فالوصية تسعون. فلو كان له مالٌ غير العبد مبلغه مائة وسبعون صحت الوصية في المنفعة كلها؛ لأنها تخرج من الثلث. وعلى الوجه الأول تصح في تسعة أعشارها؛ لأن الموصى به مائة والثلث تسعون ونسبة التسعين إلى المائة ما ذُكر.

---

(١) في هـ: أما كون نفقة الموصى بمنفعتها فلا.

قال: (وإن وصى لرجل برقبتها، ولآخر بمنفعتها: صح. وصاحب الرقبة كالوارث فيما ذكرنا).

أما كون الوصية بما ذُكر تصح؛ فلاشتمال كل واحدةٍ من الوصيتين على المصلحة: أما اشتمال وصية صاحب المنفعة عليها؛ فظاهر. وأما اشتمال وصية صاحب الرقبة عليها؛ فلأنه ينتفع بعتقها وولائها وبيعها في الجملة.

وأما كون صاحب الرقبة كالوارث فيما ذكر المصنف مما[1] تقدم ذكره؛ فلأن كل واحدٍ منهما مالكها.

قال: (وإن وصى لرجل بمكاتبه صح. ويكون كما لو اشتراه. وإن وصى له بمال الكتابة أو بنجمٍ منها صح).

أما[2] كون الوصية بالمكاتب تصح؛ فلأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.

وأما كون الموصى له يكون كما لو اشتراه؛ فلأن[3] الوصية تمليكٌ. أشبهت الشراء.

فعلى هذا متى أدى عتق. وإن عجز فللموصى له فسخ الكتابة.

وأما كون الوصية بمال الكتابة أو بنجمٍ منها تصح؛ فلأنه مالٌ معلومٌ. فصحت الوصية به؛ كما لو أوصى له بمائةٍ من ماله.

قال: (وإن وصّى برقبته لرجل وبما عليه لآخر صح. فإن أدى عتق. وإن عجز فهو لصاحب الرقبة وبطلت وصية صاحب المال فيما بقي عليه).

أما كون الوصية برقبة المكاتب لرجلٍ وبما عليه لآخر تصح؛ فلأن كل واحدٍ من الرقبة والمال مملوكٌ للموصي، وكون المال ليس بمستقرٍ لا أثر له؛ لأن الوصية تصح بالمعدوم. فلأن تصح بغير المستقر بطريق الأولى.

وأما كون المكاتب يعتق إذا أدى؛ فلأن هذا شأن المكاتب.

وأما كونه لصاحب الرقبة إذا عجز؛ فلأنه موصى له برقبته.

فإن قيل: فلم عتق بتقدير الأداء؟

---

(١) في هـ: فيما.

(٢) في هـ: وأما.

(٣) في هـ: لأن.

قيل: لأن العتق مقدمٌ على حق الموصي. فلأن يقدم على حق الموصى له بطريق الأولى.

وأما كون وصية صاحب المال تبطل فيما بقي؛ فلأن الباقي لم يصادف محلاً.

ومفهوم كلام المصنف أن الموصى له بالمال أخذ بعضه ثم طرأ العجز. فلو فرض العجز قبل أخذ شيءٍ بطلت وصيته في كل المال؛ لما ذكر.

فصل [إذا تلف الموصى به]

قال المصنف رحمه الله: (ومن أوصي له بشيء بعينه فتلف قبل موت الموصي أو بعده: بطلت الوصية. وإن تلف المال كلّه غيره بعد موت الموصي فهو للموصى له. وإن لم يأخذه زماناً قوّم وقت الموت لا وقت الأخذ).

أما كون الوصية بشيء معين تبطل إذا تلف[1]؛ فلأنها لم تصادف عند الاستحقاق محلاً.

فإن قيل: إذا تلفت قبل الموت فظاهرٌ. فلمَ تبطل إذا تلفت بعده؟

قيل: لأن الوصية إنما تستحق بالقبول. فلما تلفت قبله لم تصادف القبول محلاً.

فإن قيل: كلام المصنف عامٌ. فلمَ قيد ذلك بقبل القبول؟

قيل: لأنه لا بد منه؛ لأن التلف لو حصل بعد القبول كانت الوصية صحيحة، والتلف حدث بعد ملكه لها.

وأما كون الموصى به للموصى له إذا تلف المال كله غيره بعد موت الموصي؛ فلأن العبرة بالموت، وحينئذٍ كان يخرج من الثلث. فلا يعتبر تغيّره.

ولأنه لو تلف الموصى به كان من ضمان الموصى له. فكذلك إذا تلف بقية المال يكون من ضمان الورثة.

وأما كون الموصى به[2] يُقوّم وقت الموت لا وقت الأخذ إذا لم يأخذه الموصى له[3] زماناً؛ فلأن وقت الموت وقتُ لزوم الوصية. فوجب اعتبار القيمة فيه؛ لأن اعتبار وقت اللزوم أولى من اعتبار غيره.

قال: (وإن لم يكن له[4] سوى المعين إلا مالٌ غائب، أو دين في ذمة موسر، أو

---

(١) في هـ: تلف المال.

(٢) في هـ: به.

(٣) سقط لفظي: الموصى له من هـ.

(٤) ساقط من هـ.

معسر: فللموصى له ثلث الموصى به. وكلما اقتضى من الدين شيء أو حضر من الغائب شيء ملك من الموصى به قدر ثلثه حتى يملكه كله. وكذلك الحكم في المدبر).

أما كون الموصى له فيما ذُكر له ثلث الموصى به ؛ فلأنه لا مانع من ذلك. ومفهومه: أنه لا يكون له أكثر من ذلك. وإن كان يخرج من ثلث جميع ماله. وهو صحيح؛ لأنه لا يجوز أن يأخذ شيئاً إلا إذا أخذ الورثة مثليه؛ لأنه ربما تلف المال الغائب. فيؤدي إلى ضرر الورثة.

وأما كونه كلما اقتضى من [الدين شيء أو حضر من][1] الغائب شيء يملك من الموصى به قدر ثلثه حتى يملكه كله ؛ فلأنه موصى له به يخرج من ثلثه. وإنما منع من ذلك قبل ذلك؛ لأجل حق الورثة ، وقد زال.

وأما كون الحكم في المدبر كالحكم في الوصية بالمعين ؛ فلأن التدبير وصية بالعتق. فكان حكمه حكم الوصية لآدمي.

فعلى هذا إذا دبّر عبده ثم مات وله مالٌ غائب ، أو دين في ذمة موسرٍ ، أو معسرٍ عتق من العبد قدر ثلثه، وكلما اقتضى من الدين شيء أو حضر من الغائب شيءٌ عتق من العبد بقدر ثلثه حتى يعتق كله.

قال: (وإن وصى له بثلث عبد فاستحق ثلثاه فله الثلث الباقي. وإن وصى له بثلث ثلاثة أعبد فاستحق اثنان منهم أو ماتا فله ثلث الباقي).

أما كون الموصى له بثلث عبدٍ له الثلث الباقي إن[2] استحق ثلثاه ؛ فلأن الوصية بثلثٍ مشاعٍ. فمتى صادفت[3] ملكاً وجب أن تصح، وذلك حاصلٌ هاهنا؛ لكون ثلث العبد ملكه.

ولا بد أن يُلحظ أن الموصي له مال يخرج ثلث العبد من ثلثه؛ لأنه إذا لم يكن له غير العبد لم تصح الوصية إلا في تسعه إلا أن يجيز الورثة.

وأما كونه له ثلث الباقي فيما إذا أوصى له بثلث ثلاثة أعبد فاستحق منهم

---

(١) مثل السابق.

(٢) في هـ: وإن.

(٣) في هـ: صادف.

اثنان أو ماتا ؛ فلأن الوصية مشاعةٌ في كل واحدٍ . فإذا تبين أن عبدين مستحقان للغير أو ماتا تبين بطلان الوصية بثلثيهما؛ لأن شرط صحة الوصية: أن يكون الموصى به مملوكاً للموصي ، ولم يوجد ذلك في العبدين المستحقين أو الميتين ووجد ذلك في العبد الباقي . فوجب أن تصح فيه . عملاً بمقتضيه السالم عن معارضه.

قال: (وإن وصى له[1] بعبد لا يملك غيره قيمته مائة، ولآخر بثلث ماله وملكه غير العبد مائتان فأجاز الورثة : فللموصى له بالثلث ثلث المائتين وربُع العبد، وللموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه).

أما كون الموصى له بالثلث له[2] ثلث المائتين ؛ فلأنه موصى له بالثلث ولا معارض له في المائتين . فوجب أن يكون له ثلثها . عملاً بوصيته السالمة عن المعارض.

وأما كونه له ربع العبد ؛ فلأنه موصى له بثلثه وللآخر بكله ، والشيء لا يزيد على كله ، وليس طرح وصية أحدهما أولى من الآخر . فوجب ازدحامهما في العبد، وجعل كل ثلث ربعاً ؛ كالعول[3] في الميراث.

وأما كون الموصى له بالعبد له[4] ثلاثة أرباعه ؛ فلأن الكل ثلاثة أثلاث، وقد صار كل ثلثٍ ربعاً.

قال: (وإن ردّوا فقال الخرقي : للموصى له بالثلث سدس المائتين وسدس العبد، وللموصى له بالعبد نصفه . وعندي أنه يقسم الثلث بينهما على قدر مالهما في حال الإجازة: لصاحب الثلث خمس المائتين وعشر العبد ونصف عشره، ولصاحب العبد ربعه وخمسه).

أما كون الموصى له بالثلث له سدس المائتين وسدس العبد وللموصى له بالعبد نصفه إذا ردّ الورثة على قول الخرقي ؛ فلأن الوصية ترجع في الرد إلى الثلث ،

---

(١) زيادة من ج.
(٢) ساقط من هـ.
(٣) في هـ: كالقول.
(٤) ساقط من هـ.

وثلث المال هنا مائة ، والوصية مائتان ، والعبد قيمته مائة ، وثلث المال قدره[1] مائة . نسبة الثلث الذي هو مائة إلى الوصية التي هي مائتان بالنصف . فمن أوصي له بشيءٍ يجب أن يرجع إلى نصفه . فالموصى له بثلث المال له نصفه وهو سدس العبد وسدس المائتين ، والموصى له بالعبد له نصفه؛ لأنه نصف وصيته.

وأما كون الثلث يقسم بين الموصى لهما على قدر مالهما في حال الإجازة عند المصنف رحمه الله ؛ فلأن وصية صاحب العبد دون وصية صاحب الثلث؛ لأنه وصى له بشيء شَرَّك معه غيره فيه ، وصاحب الثلث أفرده بشيء لم يشرك معه غيره فيه . فوجب أن يقسم بينهما ؛ كما ذكر ؛ كسائر الوصايا.

وأما كون صاحب الثلث على هذا له خمس المائتين وعشر العبد ونصف عشره ، وصاحب العبد له ربعه وخمسه ؛ فلأنهما كان لهما في حال الإجازة العبد قيمته مائة وثلث المائتين وهو ستة وستون وثلثا درهم ، ونسبة الثلث إلى ذلك ثلاثة أخماسه . فمن له شيءٌ يرد إلى ثلاثة أخماسه : فالموصى له بالثلث كان له ستة وستون وثلثان فترد إلى ثلاثة أخماسها وهي أربعون وذلك خمس المائتين وكان له من العبد ربعه ، قيمته خمسة وعشرون فترد إلى ثلاثة أخماسها وهي خمسة عشر وذلك قيمة عشر العبد ونصف عشره ، والموصى له بالعبد كان له ثلاثة أرباعه قيمتها خمسة وسبعون فترد إلى ثلاثة أخماسها ، وهي خمسةٌ وأربعون ، وذلك قيمة ربع العبد وخمسه . فيكون له من العبد ذلك.

قال: (وإن كانت الوصية بالنصف مكان الثلث فأجازوا فله مائة وثلث العبد ، ولصاحب العبد ثلثاه . وإن ردّوا فلصاحب النصف ربع المائتين وسدس العبد ولصاحب العبد ثلثه. وقال أبو الخطاب : لصاحب النصف خمس المائتين وخمس[2] العبد ، ولصاحب العبد خمساه . وهو قياس قول الخرقي).

أما كون الموصى له بالنصف له مائة مكان الثلث إذا أجاز[3] الورثة على قول

---

(١) في هـ: قده.

(٢) في هـ: وسدس.

(٣) في هـ: أجازوا.

غير أبي الخطاب ؛ فلأن المائتين موصاً له[1] بنصفها، ولا مزاحم فيها . فاستحق نصفها ، وذلك مائة.

وأما كونه له ثلث العبد ؛ فلأنه موصى له بنصفه ، وللآخر بكله ، وذلك نصفان . فرجع النصف إلى الثلث.

وأما كون صاحب العبد له ثلثاه ؛ فلأن له نصفين ، وقد رجع النصف إلى الثلث.

وأما كون الموصى له بالنصف له ربع المائتين وسدس العبد ، وصاحب العبد له ثلثه إذا ردّ الورثة على اختيار المصنف ؛ فلأن لهما في حال الإجازة العبد قيمته مائة ، ومن المائتين مائة . فمجموع ذلك مائتان ، ونسبة الثلث إليهما بالنصف . فمن له شيءٌ يرد إلى نصفه : لصاحب نصف المائتين ربعها وله من العبد سدسيه[2]؛ لأن له ثلثه في حال الإجازة ، ولصاحب العبد ثلثه؛ لأن له في حال الإجازة ثلثيه.

وأما كون صاحب النصف له خُمس المائتين وخمس العبد ، وصاحب العبد له خمساه على قول أبي الخطاب ؛ فلأن الوصية هنا بمائتين وخمسين بالعبد وقيمته مائة وبنصف المال وهو مائة وخمسون . ونسبة الثلث إلى ذلك بالخمسين. فمن أوصي له بشيء يردّ إلى خمسيه : فالموصى له بالنصف له خمس المائتين وخمس العبد؛ لأن ذلك خمسا وصيته، وللموصى له بالعبد خمساه كذلك .

وإنما قال المصنف رحمه الله: وهو قياس قول الخرقي أي[3] فيما تقدم؛ لأن العمل فيهما على نمطٍ واحد.

---

(١) زيادة من ج.

(٢) في هـ: سدسه.

(٣) ساقط من هـ.

قال: (والطريق فيها: أن ينظر ما حصل لهما في حال الإجازة فينسب إليه ثلث المال، ويعطى كل واحد مما كان له في الإجازة بمثل نسبة الثلث إليه. وعلى قول الخرقي: تنسب الثلث إلى وصيتهما جميعاً، ويعطى كل واحد مما له في الإجازة مثل تلك النسبة).

أما كون الطريق كما ذكره ؛ فلأنه موصلٌ إلى المقصود.

وأما كونها[1] مختلفة؛ فلاختلاف الحكم المتقدم في ذلك. وعلى طالب بيان ذلك : تأمل ما تقدم ذكره؛ للاختلاف في الأحكام المذكورة.

قال: (وإن وصى له بثلث ماله ، ولآخر بمائة ، ولثالث بتمام الثلث . فلم يزد الثلث عن[2] المائة : بطلت وصية صاحب التمام وقسمت الثلث بين الآخرين على قدر وصيتهما . وإن زاد عن المائة فأجاز الورثة نفذت الوصية على ما قال الموصي . وإن ردوه فلكل واحد نصف وصيته عندي . وقال القاضي : ليس لصاحب التمام شيء حتى تكمل المائة لصاحبها، ثم يكون له ما فضل عنها. ويجوز أن يزاحم به، ولا يعطيه ؛ كولد الأب مع ولد الأبوين في مزاحمة الجد).

أما كون وصية صاحب التمام تبطل إذا لم يزد الثلث عن المائة ؛ فلأنها لم تصادف محلاً . فبطلت ؛ كما لو وصى له بمائة فمات ولا شيء له.

وأما كون الثلث يقسم بين الآخرَيْن ؛ فلأنه مستحَقٌّ لهما لا غير.

وأما كون القسمة على قدر وصيتهما ؛ فلأنهما إنما استحقا بها.

فعلى هذا إن كان المال مَثَلاً ثلثمائة : كان الموصى له بالثلث يدلي بمائة ، والموصى له بمائة يدلي بها . فإذا قسم الثلث بينهما وهو مائة كان بينهما نصفين . فيكون لكل واحدٍ خمسون.

وأما كون الوصية تنفذ على ما قال الموصي إذا زاد الثلث عن المائة وأجاز الورثة ؛ فلأن الحق للورثة . فإذا رضوا بإسقاطه سقط.

فإن قيل: ماذا يحصل لكل واحد ؟

قيل: إذا كان المال مثلاً ستمائة حصل للموصى له بالثلث مائتان، ولصاحب

(١) في هـ: كونهما.

(٢) في هـ: على.

المائة مائة، وللموصى له بتمام الثلث مائة.

وأما كون كل واحدٍ له نصف وصيته عند المصنف إذا ردّ الورثة ؛ فلأن الإجازة وقعت بالثلثين ، ونسبة الثلث إلى الثلثين بالنصف . فمن له شيء يرجع إلى نصفه.

وأما كون صاحب التمام ليس له شيءٌ حتى تكمل المائة لصاحبها ثم يكون له ما فضل عنها على قولٍ القاضي ؛ فلأنه إذا لم يفضل عن الثلث من المائة شيء لم تصادف وصيته محلاً.

وأما كونه يجوز أن يزاحم به ولا يعطيه كولد الأب مع ولد الأبوين في مزاحمة الجد؛ فبالقياس عليه.

فعلى هذا إذا كان المال مَثَلاً ستمائة قسّم الثلث بينهم على أربعة؛ لأن صاحب الثلث يدلي بمائتين، وصاحب المائة بمائة، وصاحب تمام الثلث بمائة . فيحصل لصاحب الثلث نصف الثلث وهو مائة، ولصاحب المائة مائة[1] : خمسون بمائته[2]، وخمسون بمزاحمة صاحب التمام.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) في هـ: بوصيته.

باب الوصية بالأنصباء والأجزاء

الأنصباء: جمع نصيب ؛ مثل: صديق وأصدقاء. والأجزاء جمع جزء ؛ مثل: قفل وأقفال[1].

قال المصنف رحمه الله: (**إذا وصى له بمثل نصيب وارث معين فله مثل نصيبه مضموماً إلى المسألة . فإذا أوصى بمثل نصيب ابنه[2] وله ابنان فله الثلث، وإن كانوا ثلاثة فله الربع . فإن كان معهم بنت فله التسعان**).

أما كون الموصى له بمثلِ نصيب وارث معين له مثل نصيب ذلك الوارث ؛ فلأن الموصي جعل إرثه أصلاً ، وجعل للموصى له مثل نصيبه . فوجب أن يكون له مثل نصيبه من غير زيادة ولا نقصان؛ لأنهما ينافيان[3] المثلية.

وأما قول المصنف رحمه الله: مضموماً إلى المسألة . فمعناه: أنه يؤخذ مثل نصيب المعين ويزاد على ما تصح منه مسألة الورثة؛ لأنه لو أخذ مثله من الأصل ثم قسم الباقي على الورثة لحصل المعين أقل من الموصى له وذلك ينافي المثلية. وسيظهر هذا بالعمل فيما بعد إن شاء الله تعالى.

وأما كون الموصى له بمثل نصيب ابنه له الثلث إذا كان للموصى ابنان ؛ فلأن ذلك مثل ما يحصل لابنه ، وذلك أن الثلث إذا خرج بقي ثلثا المال فإذا قسم ذلك على الابنين كان لكل ابنٍ ثلث.

وأما كونه له الربع إذا كان البنون ثلاثة ؛ فلما ذكر قبل.

وأما كونه له التسعان إذا كان مع البنين الثلاثة بنت ؛ فلأن البنت بواحدٍ والبنين الثلاثة بستة، والموصى له باثنين فتكون الجملة تسعة: للموصى له ابنان وهما تسعا المال ولكل ابنٍ تسعان وللبنت تسع.

قال: (**وإن وصّى له بنصيب ابنه فكذلك في أحد الوجهين، وفي الآخر: لا**

---

(١) سقط لفظي: قفل وأقفال من هـ.

(٢) في هـ: أبيه.

(٣) في هـ: ينافان.

تصح).

أما كون الوصية بنصيب ابنه كالوصية بمثل نصيب ابنه في وجهٍ ؛ فلأنه أمكن تصحيح كلام الموصى بحمله على المجاز . فوجب أن يصح ؛ كما لو طلّق بلفظ الكناية أو أعتق.

وأما كونها لا تصح في وجهٍ ؛ فلأنها وصية بحق الوارث؛ لأن الأصل في الإطلاق الحقيقة . فلم تصح ؛ كما لو أوصى بدار ابنه أو بما يأخذه.

والأولى أولى ؛ لأنه لو أوصى بجميع ماله صح. وإن تضمنت الوصيةُ بذلك الوصيةَ بنصيب الورثة كلهم . فكذلك هاهنا.

ولأن الحقيقة متى تعذرت تعين المجاز وقد تعذرت الحقيقة هاهنا؛ لأن الأصل في كلام المكلف الصحة.

فإن قيل: ما المجاز هاهنا ؟

قيل: هو من باب حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه. والتقدير بمثل نصيب ابنه ، وذلك شائعٌ وسائغٌ في القرآن والشعر.

قال: (**وإن وصى بضعف نصيب ابنه[1] أو بضعفيه فله مثله مرتين . وإن وصى بمثل ثلاثة أضعافه فله ثلاثة أمثاله . هذا الصحيح عندي . وقال أصحابنا : ضعفاه[2] ثلاثة أمثاله وثلاثة أضعافه أربعة أمثاله كلما زاد ضعفاً زاد مرةً واحدة**).

أما كون الموصى له بضعف نصيب ابن الموصي : له مثل نصيبه مرتين ؛ فلأن ضعف الشيء مثلاه قال الله تعالى: ﴿إذاً لأذقناك ضعف الحياة وضعف الممات﴾ [الإسراء:٧٥]، والمراد به: مِثلا الحياة ومِثلا الممات . وقال الله تعالى: ﴿وما آتيتم من زكاةٍ تريدون وجه الله فأولئك هم المُضْعِفون﴾ [الروم:٣٩]. ويروى عن عمر رضي الله عنه « أنهُ أضعفَ الزكاة على نصارى بني تغلب فكان يأخذُ من المائتين عشرة »[3].

---

(١) في هـ: أبيه.

(٢) في هـ: له.

(٣) أخرجه أبو عبيد في الأموال (٧١) ص: ٣٢ كتاب سنن الفيء، باب أخذ الجزية من عرب أهل الكتاب.

وقال أبو عبيدة معمر بن المثنى: ضعف الشيء هو ومثله.

وأما كون الموصى له بضعفي نصيب ابن الموصي: له مثلاه أيضاً عند المصنف؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فآتت أكلها ضعفين﴾ [البقرة:٢٦٥].

قال عكرمة: تحمل في كل عام مرتين.

وقال: ﴿يضاعف لها العذاب ضعفين﴾ [الأحزاب:٣٠] والمراد مرتان؛ لأن الله تعالى قال: ﴿نؤتها أجرها مرتين﴾ [الأحزاب:٣١]، ويبعد أن يجعل على الفاحشة ثلاثاً؛ لأن المعهود من كرمه تقليل الجزاء على السيئة لا تكثيره.

وأما كونه له ثلاثة أمثاله على قول أصحابنا؛ فلأن أبا عبيدة قال: ضعف الشيء هو ومثلاه.

وأما كون الموصى به كلما زاد ضعفاً زاد مرةً عند الكل على اختلاف أحوالهم؛ فلأن الزيادة لا بدّ لها من أثر، وأقل الأعداد المرة.

فعلى هذا ثلاثة أضعاف نصيب ابنه أربعة أمثاله وأربعة أضعافه خمسة أمثاله.

وعلى هذا فقس.

قال: (وإن وصّى بمثل نصيب أحد ورثته ولم يسمه: كان له مثل ما لأقلهم نصيباً. فلو كان له ابنٌ وأربع زوجات صحت من اثنين وثلاثين: لكل امرأة سهم، وللوصي[1] سهم يزاد عليها فتصير من ثلاثة وثلاثين).

أما كون الموصى له بمثل ما ذُكر يكون له مثل ما لأقل الورثة نصيباً؛ فلأنه المتيقن. فلا يعدل عنه[2] إلى غيره مع الشك فيه.

وأما كون المسألة المذكورة تصح من اثنين وثلاثين؛ فلأن أصلها من ثمانية؛ لأن فيها ثمناً، وما بقي[3] للزوجات سهم من ثمانية. على أربعة لا تصح ولا توافق. اضرب أربعة في ثمانية تكن اثنين وثلاثين.

وأما كون الوصي[4] له سهم؛ فلأن كل زوجة لها سهم وذلك أقل الورثة

---

(١) في هـ: وللموصي.
(٢) في هـ: منه.
(٣) في هـ: وبقي.
(٤) في هـ: الموصي.

نصيباً. وقد تقدم أن الموصى له بمثل نصيب أحد ورثة الموصي : له مثل ما لأقلهم نصيباً.

وأما كون السهم الموصى به يضم إلى المسألة ؛ فلما ذكر قبل.

فعلى هذا تكون المسألة المذكورة من ثلاثة وثلاثين: للموصى له سهم، وللزوجات أربعة، وللابن ثمانية وعشرون.

قال: (فلو أوصى له بمثل نصيب وارث لو كان فله[1] مثل ما له لو كانت الوصية وهو موجود . فلو كان الوارث أربعة بنين : فللوصي السدس ، وإن كانوا ثلاثة فله الخمس).

أما كون الموصى له بما ذُكر له مثل ما لو كانت الوصية وهو موجود ؛ فلأنه قَدَّر وجوده بقوله: لو كان.

وأما كونه له السدس إذا كان الوارث أربعة بنين ؛ فلأنهم أربعة ، والوارث المقدر وجوده ، والموصى له . ومجموع ذلك ستة.

وأما كونه له الخمس إذا كان الوارث ثلاثة ؛ فلأنهم ثلاثة ، والوارث المقدر وجوده ، والموصى له . ومجموع ذلك خمسة.

فإن قيل: من كم يصح ما ذكر ؟

قيل: تصح المسألة الأولى من أربعة وعشرين؛ لأن الموصى له : له[2] سهم من ستة يبقى خمسة . على أربعة لا تصح ولا توافق . اضرب ستة في أربعة تكن أربعة وعشرين: للموصى له أربعة، ولكل ابنٍ خمسة . وعلى هذا فقس المسألة الثانية.

قال: (ولو كانوا أربعة فأوصى بمثل نصيب خامس لو كان إلا مثل نصيب سادس لو كان : فقد أوصى له بالخمس إلا السدس بعد الوصية فيكون له سهم يزاد[3] على ثلاثين سهماً. وتصح من اثنين وستين : له منها سهمان ولكل ابن خمسة عشر).

أما كون الموصى له بما ذُكر موصى له بالخمس إلا السدس : أما الأول ؛ فلأن

---

(١) في هـ: قبله فله.

(٢) ساقط من هـ .

(٣) في هـ : فقد أوصى له بالخمس إلا السدس فيكون لهم فيزاد.

الخامس لو كان موجوداً لاستحق الخمس وهو موصى له بمثله. وأما الثاني ؛ فلأن الموصي استثنى مثل نصيب سادس لو كان، ولو كان السادس موجوداً لاستحق السدس.

وأما كونه له سهم يزاد على ثلاثين سهماً ؛ فلما ذكر قبل.

وأما كون المسألة تصح من اثنين وستين ؛ فلأنك تأخذ مالاً إذا استثنيت سدسه من خمسه يبقى بعده سهم صحيح ، وأقل ما يمكن ذلك في ثلاثين؛ لأن خمسها ستة وسدسها [خمسة . فإذا أخذت][1] خمسة من ستة بقي واحد . ثم ضم السهم الحاصل بالوصية إلى المال لما ذكر قبل . فإذا أعطيت الموصى له السهم وقسّمت الثلاثين على الورثة الأربعة يطلع لكل واحدٍ سبعة ونصف . اضرب واحداً وثلاثين في مخرج النصف وهو اثنان تكن اثنين وستين.

---

(١) ساقط من هـ.

فصل في الوصية بالأجزاء

قال المصنف رحمه الله: (إذا وصّى له بجزء، أو حظٍّ، أو نصيب، أو شيء: فللورثة أن يعطوه ما شاءوا. وإن وصى له بسهم من ماله ففيه ثلاث روايات:

إحداهن: له السدس بمنزلة سدس مفروض إن لم تكمل فروض المسألة أو كانوا عصبة أعطي سُدساً كاملاً، وإن كملت فروضها أعيلت به. وإن عالت أعيل معها.

والثانية: له سهمٌ مما تصح منه المسألة ما لم يزد على السدس.

والثالثة: له مثل نصيب أقل الورثة ما لم يزد على السدس).

أما كون ورثة الموصي: لهم أن يعطوا الموصى له بجزءٍ أو حظٍ أو نصيبٍ أو شيءٍ ما شاءوا؛ فلأن أي شيء أعطوه يقع عليه ذلك.

وأما كون الموصى له بسهمٍ له السدس على المذهب؛ فلأن ابن مسعود روى «أن رجلاً أوصَى لرجلٍ بسهمٍ من المالِ فأعطاهُ النبي ﷺ السدس»[1].

ولأن السهم في كلام العرب السدس.

قال إياس بن معاوية: السهم في كلام العرب السدس.

وإذا كان كذلك وجب صرفه إليه؛ كما لو تلفظ به.

ولأنه قول علي وابن مسعود، ولا مخالف لهما في الصحابة.

ولأن السدس أقل مفروضٍ يرثه ذو قرابةٍ. فوجب أن تنصرف الوصية إليه لتيقُّنه.

وأما كون السدس المذكور بمنزلة سدسٍ مفروضٍ؛ فلأنه يساويه معنى. فكذا يجب أن يكون حكماً.

وأما قول المصنف: إن لم تكمل فروض المسألة ... إلى قوله: أعيل معها

(١) ذكره الهيثمي في مجمع الزوائد ٤: ٢١٣ كتاب الوصايا، باب فيمن أوصى بسهم من ماله، وعزاه للطبراني في الأوسط.

فتفصيلٌ لقوله[1]: له السدس بمنزلة سدس مفروض؛ لأن الموصى له تارة يعطى السدس كاملاً من غير عولٍ، وتارة يعطاه عائلاً به فقط، وتارة يعطاه عائلاً به وبغيره.

وأما كونه يعطى سدساً كاملاً إذا لم تكمل فروض المسألة ؛ فلأنه لا مزاحم له . ضرورة أن المسألة تَسَعُه وتسَعُ أرباب الفروض.

ولأن سدسه بمنزلة سدسٍ مفروضٍ، وصاحب السدس المفروض يعطى سدساً كاملاً . فكذلك من هو بمنزلته.

وأما كونه يعطى سدساً كاملاً إذا كان الورثة عصبة ؛ فلأن الفرض يقدم على العصبة.

فإن قيل: ما مثال المسألتين ؟

قيل: أما مثال ذلك إذا لم تكمل فروض المسألة[2]: فأن يخلّف بنتاً وبنت ابن وأُماً . فالمسألة من ستة ، وترجع بالرد إلى خمسة ، وللموصى له سدس فيكمل به[3] المال.

وأما مثال ذلك إذا كانت الورثة عصبة: فأن يخلّف خمسة بنين فالمسألة من ستة: لكل ابنٍ سهم ، وللموصى له سهم.

وأما كون فروض المسألة تُعال بالسدس الموصى به إذا كملت ؛ فلأنه يزاد عليها . فيلزم العول.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: ما لو مات[4] الموصي وترك أختين لأب وأختين لأم . فالمسألة من ثلاثة: للأختين لأب اثنان ، وللأختين لأم سهم . على اثنين لا يصح . اضرب ثلاثة في اثنين تكن ستة . ثم أضف السدس وهو سهم إلى ذلك تكن سبعة : لكل أختٍ لأب سهمان، ولكل أختٍ لأم سهم، وللموصى له سهم.

---

(١) في هـ: قوله.
(٢) في هـ: قيل فرض المسألة.
(٣) في هـ: فكمل بها.
(٤) في هـ : قيل مات.

وأما كون السهم الموصى به يُعال مع المسألة [إذا عالت ؛ فلأن سهمه يُضاف إلى المسألة العائلة.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: أن يزاد في المسألة][1] المذكورة أمٌّ . فالمسألة من ستة ، وتعول إلى سبعة ، وتصير بالسهم الموصى به إلى ثمانية: لكل أختٍ لأب سهمان، ولكل أختٍ لأم سهم، وللموصى له سهم.

وأما كون الموصى له بسهم له سهم مما تصح منه المسألة ما لم تزد على السدس على روايةٍ ؛ فلأن الظاهر من حال الموصي أنه قصد سهام مسألته فانصرف إليها ؛ كما لو قال: فريضتي كذا وكذا سهماً . له منها سهم .

وإنما اشترط في ذلك عدم الزيادة على السدس؛ لأن السدس أقل سهم يرثه ذو فرض فلا يزاد عليه؛ لأن الزائد مشكوكٌ فيه.

وأما كونه له مثل نصيب أحد الورثة ما لم يزد على السدس على روايةٍ ؛ فلأن نصيب أحد الورثة اليقين . فلا يزاد عليه.

قال: (وإن وصّى له بجزء معلوم كثلث وربع : أخذْتَه من مخرجه فدفعته إليه وقسّمت الباقي على مسألة الورثة . إلا أن يزيد على الثلث ولا يجيزوا له فيفرض له الثلث ويقسم الثلثين عليها).

أما كون عامل المسألة يأخذ الجزء[2] من مخرجه؛ فليكون[3] ذلك صحيحاً.

فعلى هذا إذا كانت الوصية بثلث فالمخرج ثلاثة، وإن كانت بالربع فالمخرج أربعة.

وأما كونه يدفع ذلك إلى الموصى له إذا لم يزد على الثلث ولا يجيزه الورثة ؛ فلأن الموصى له به . فلا يتوقف على قول أحد.

وأما كونه يقسّم الباقي على مسألة الورثة ؛ فلأن ذلك حقه.

فعلى هذا لو كانوا[1] ابنين والوصية بالثلث كان لكل واحدٍ سهم. ولو كانوا

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) سقط لفظي: يأخذ الجزء من هـ.

(٣) في هـ: فيلكن.

ثلاثة والوصية بالربع كان لكل واحدٍ سهم. ولو كانوا ابنين ضربنا الأربعة في اثنين تكن ثمانية: لكل ابنٍ ثلاثة، وللموصى له سهمان.

وأما كونه يفرض للموصى له الثلث إذا زاد الموصى به على الثلث ولا يجيزوه الورثة ؛ فلأن الوصية بالزائد على الثلث لا تنفذ في الزائد مع عدم الإجازة وحينئذٍ يتعين فرض الثلث؛ لأنه لا يعتبر فيه ذلك.

وأما كونه يقسّم الثلثين على مسألة الورثة ؛ فلما تقدم . وسيتضح ذلك بعد إن شاء الله تعالى.

قال: (وإن وصّى بجزئين أو أكثر : أَخَذْتَها من مخرجها ، وقسّمت الباقي على المسألة . فإن زاد على الثلث وردّ الورثة جعلت السهام الحاصلة للأوصياء ثلث المال ، ودفعتَ الثلثين إلى الورثة . فلو وصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه ، وخلّف ابنين: أخذتَ الثلث والربع من مخرجهما سبعة من اثني عشر يبقى خمسة للابنين إن أجازا[2]، وإن ردّا جعلت السبعة ثلث المال فتكون المسألة من أحد وعشرين).

أما كون عامل المسألة يأخذ الجزئين أو أكثر من مخرجها، وكونه يقسّم الباقي على المسألة ؛ فلما تقدم في الجزء.

وأما كونه يجعل السهام الحاصلة للأوصياء ثلث المال إذا ردّ الورثة؛ فليقسم ذلك بين الأوصياء بلا كسر.

وأما كونه يدفع الثلثين إلى الورثة ؛ فلأنهما حقهم.

فعلى هذا لو وصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بربعه ، وخلّف ابنين كانت المسألة من اثني عشر؛ لأنها مخرج الثلث والربع؛ لأن الثلث من ثلاثة والربع من أربعة فاضرب ثلاثة في أربعة كانت اثني عشرة . فإن أجاز الورثة كان للموصى لهما سبعة من اثني عشر وكان للابنين خمسة. وتصح من أربعة وعشرين: للموصى

⇨

(١) في هـ: كان.

(٢) في هـ: أجازوا.

له بالثلث ثمانية، وللموصى له بالربع ستة، ولكل ابنٍ خمسة. وإن ردّا[1] كانت المسألة من أحد وعشرين: للموصى لهما ثلث ذلك سبعة بينهما على قدر وصيتهما . فيكون للموصى له بالثلث أربعة، وللموصى له بالربع ثلاثة، وثلثان للابنين لكل واحدٍ سبعة.

قال: (وإن أجازا لأحدهما دون الآخر ، أو أجاز أحدهما لهما دون الآخر ، أو أجاز كل واحد لواحد : فاضرب وفق مسألة الإجازة وهو ثمانية في مسألة الرد تكن مائة وثمانية وستين: للذي أجيز له سهمه من مسألة الإجازة مضروب في وفق مسألة الرد، وللذي ردّ عليه سهمه من مسألة الرد في وفق مسألة الإجازة، والباقي للورثة ، وللذي أجاز لهما نصيبه من مسألة الإجازة في وفق مسألة الرد، وللآخر سهمه من مسألة الرد في وفق مسألة الإجازة، والباقي بين الوصيتين على سبعة).

أما[2] كون عامل المسألة المذكورة يضرب وفق مسألة الإجازة في مسألة الرد؛ فلتصح المسألتان من عددٍ واحد.

وأما كون وفق مسألة الإجازة ثمانية ؛ فلأنها من أربعةٍ وعشرين لما تقدم. ومسألة الرد من أحدٍ وعشرين ، وبينهما توافق بالأثلاث ، وثلث مسألة الإجازة ثمانية.

وأما كون ذلك يكون مائة وثمانية وستين ؛ فلأن الثمانية التي هي وفق مسألة الإجازة إذا ضربت في أحدٍ وعشرين كان مبلغ الخارج بالضرب ذلك.

وأما كون الذي أجيز له سهمه من مسألة الإجازة مضروب في وفق مسألة الرد ؛ فلأنه مجاز له.

وأما كون الذي ردّ عليه له[3] سهمه من مسألة الرد مضروب في وفق مسألة الإجازة ؛ فلأنه مردودٌ عليه.

وأما كون الباقي للورثة ؛ فلأنه حقهم.

---

(١) في هـ: رد.

(٢) في هـ: وأما.

(٣) ساقط من هـ.

فعلى هذا إن أجازا للموصى له بالثلث دون صاحب الربع كان له من مسألة الإجازة ثمانية؛ لأنها ثلثها وهو موصى له بذلك . مضروبةٌ في وفق مسألة الرد وهو سبعة : تكون ستة وخمسين . وذلك ثلث جميع العدد المذكور، وكان للموصى له بالربع ثلاثة من مسألة الرد مضروبة في وفق مسألة الإجازة وهو ثمانية يكون ذلك أربعة وعشرين ، والباقي وهو ثمانية وثمانون: للابنين لكل ابنٍ أربعة وأربعون. وإن أجازا[1] للموصى له بالربع كان له سهمه من مسألة الإجازة وهو ستة مضروبة في وفق مسألة الرد وهو سبعة تكن اثنين وأربعين، وكان للموصى له بالثلث المردود عليه سهمه من مسألة الرد وهو أربعة مضروبة في وفق مسألة الإجازة وهي ثمانية تكن اثنين وثلاثين والباقي وهو أربعة وتسعون: للابنين لكل ابنٍ سبعة وأربعون.

وأما كون الذي أجاز لهما نصيبه من مسألة الإجازة في وفقٍ مسألة الرد ؛ فلأنه مجيز.

وأما كون الآخر له سهمه من مسألة الرد في وفق مسألة الإجازة ؛ فلأنه رادٌّ.

وأما كون الباقي بين الوصيتين على سبعة ؛ فلأنه لهما فيقسّم بينهما على قدر حقوقهما.

فعلى هذا للذي أجاز خمسة من مسألة الإجازة مضروبة في سبعة وفق مسألة الرد تكون خمسة وثلاثين، وللذي ردّ سبعة من مسألة الرد مضروبة في ثمانية وفق مسألة الإجازة تكون ستة وخمسين ، والباقي وهو سبعة وسبعون مقسوم بين الوصيتين على سبعة لصاحب الثلث أربعة وأربعون ، ولصاحب الربع ثلاثة وثلاثون.

فإن قيل: لم يذكر المصنف رحمه الله ما للمجاز له والمردود عليه وما للمجيز وللراد إذا أجاز كل واحدٍ لواحد ؟

قيل: إذا أجاز الأكبر مَثَلاً لصاحب الثلث والأصغر لصاحب الربع : كان لصاحب الثلث نصف ما كان يحصل له في الإجازة وهو ثمانية وعشرون، ونصف ما كان يحصل له في الرد وهو ستة عشر . فمجموع ذلك أربعة وأربعون، وكان لصاحب الربع كذلك وهو أحدٌ وعشرون في الإجازة واثنا عشر في الرد ومجموع

(١) في هـ: أجازوا.

ذلك ثلاثة وثلاثون، وكان للأكبر المجيز لصاحب الثلث أربعة وأربعون وللأصغر المجيز لصاحب الربع سبعة وأربعون، وإذا أجاز الأكبر لصاحب الربع والأصغر لصاحب الثلث كان لصاحب الربع ثلاثة وثلاثون ولصاحب الثلث أربعة وأربعون، وللأكبر ما كان للأصغر وهو سبعة وأربعون، وللأصغر ما كان للأكبر وهو أربعة وأربعون.

فصل [إذا زادت الوصايا على المال]

قال المصنف رحمه الله: (**وإن زادت الوصايا على المال عملت فيها عملك في مسائل العول . فإذا وصّى بنصف وثلث وربع وسدس : أخذتَها من اثني عشر وعالت إلى خمسة عشر . فيقسّم المال كذلك إن أجيز لهم ، أو الثلث إن ردّ عليهم**).

أما كون عامل مسائل الوصايا إذا زادت على المال يعمل فيها كالعمل في مسائل العول ؛ فلأن أصحاب الوصايا اشتركوا في استحقاق المال . أشبهوا الوارث الذين عالت مسائلهم.

وأما كونه يأخذ الوصايا بنصف وثلث وربع وسدس من اثني عشر ؛ فلأن أقل عددٍ له نصف وثلث وربع وسدس ذلك.

وأما كونها تعول إلى خمسة عشر ؛ فلأن النصف ستة ، والثلث أربعة ، والربع ثلاثة ، والسدس اثنان.

وأما كون المال كله يقسم على أرباب الوصايا على قدر حقوقهم -وهو المعني بقول المصنف: كذلك إن أجيز لهم -؛ فلأن الورثة أجازوا ، ولم يبق لهم فيه شيء.

وأما كون الثلث يقسّم عليهم كما تقدم إذا ردّ عليهم ؛ فلأن الوصية به لا حق لأحدٍ فيه ، والزائد لا حق لهم فيه؛ لأن الوصية لا تنفذ في الزيادة على الثلث إلا بالإجازة ولم توجد . فعلى الإجازة: لصاحب النصف ستة، ولصاحب الثلث أربعة، ولصاحب الربع ثلاثة . وعلى الرد تصح المسألة من خمسة وأربعين إذا كان الوارث ابناً واحداً أو ابنين أو ثلاثة أو خمسة أو ستة أو عشرة: لأرباب الوصايا خمسة عشر مقسومة على ما تقدم ذكره ، والباقي بين الورثة على حسب عددهم.

قال: (**وإن وصّى لرجل بجميع ماله ، ولآخر بنصفه : فالمال بينهما على ثلاثة إن أجيز لهما ، والثلث على ثلاثة مع الردّ**).

أما كون المال يقسّم بين الموصى لهما على ثلاثةٍ إذا أجيز لهما ؛ فلأن الموصى له بالكل يدلي بمثلي وصية صاحب النصف.

فعلى هذا لصاحب الكل اثنان من ثلاثة ولصاحب النصف واحد.

وأما كون الثلث يقسم بينهما على ثلاثةٍ ؛ فلما تقدم قبل.

فعلى هذا تصح المسألة من تسعة: ثلاثة للموصى لهما على ما تقدم، وستة للورثة.

قال: (فإن أجيز لصاحب المال وحده : فلصاحب النصف التسع ، والباقي لصاحب المال في أحد الوجهين ، وفي الآخر: ليس له إلا ثلثا المال التي كانت له في حال الإجازة لهما . ويبقى التسعان للورثة).

أما كون صاحب النصف له التسع إذا أجيز لصاحب المال وحده ؛ فلأن الثلث بينه وبينه . فيقسم بينهما على ثلاثة كما تقدم: لصاحب النصف ثُلُثه وذلك هو التسع.

وأما كون الباقي -وهو ثمانية أتساع- لصاحب المال في وجهٍ ؛ فلأنه موصى له بالمال كله ، وإنما منع من ذلك في حال الإجازة لهما لمزاحمة صاحبه له . فإذا زالت المزاحمة في الباقي كان له.

وأما كونه ليس له إلا ثلثا ما كان له في حال الإجازة في وجهٍ ؛ فلأن الإجازة له وحده بمنزلة الإجازة لهما، وليس له في حال الإجازة لهما إلا ذلك . فكذلك فيما هو بمنزلته.

وأما كون التسعين يبقيان للورثة ؛ فلأنه لا مزاحم لهم فيهما . ضرورة أخذ كل واحدٍ من الموصى له ما وُصي له.

قال: (وإن أجازوا لصاحب النصف وحده : فله النصف في الوجه الأول، وفي الآخر: له الثلث ، ولصاحب المال التسعان).

أما كون صاحب النصف له النصف إذا أجيز له وحده في الوجه الأول ؛ فلأنه موصى له به ، ولا مزاحم له فيه.

وأما كونه له الثلث في الآخر ؛ فلأنه لو أجيز لهما لم يكن له سوى الثلث . فكذلك إذا أجيز له وحده.

وأما كون صاحب المال له التسعان على الوجهين ؛ فلأن له ثلثي المال وهما ذلك.

قال: (وإن أجاز أحد الابنين لهما: فسهمه بينهما على ثلاثة. وإن أجاز لصاحب المال وحده دفع إليه كل ما في يده أو [ثلثيه على اختلاف الوجهين. وإن أجاز لصاحب النصف وحده[1] دفع إليه نصف ما في يده ونصف سدسه أو][2] ثلثه).

أما كون سهم الابن المجيز للموصى لهما بينهما على ثلاثةٍ؛ فلأنه إذا أجاز لم يبق له في سهمه شيء. فيجب أن يكون بين الموصى لهما على قدر وصيتهما.

فإن قيل: ما طريقة العمل هاهنا ؟

قيل: أن تأخذ مالاً لنصفه ثلث، وذلك ستة: ثلاثةٌ منها سهمُ الابن المجيز: للموصى له بالمال اثنان، وللموصى له بالنصف واحد. يبقي ثلاثة: للموصى لهما ثلثها وهو سهم على ثلاثة لا يصح. اضرب ستة في ثلاثة تكن ثمانية عشر: لصاحب المال من نصيب المجيز ستة، ومن نصيب الراد[3] سهمان، ومجموع ذلك ثمانية ولصاحب النصف من نصيب المجيز ثلاثة، ومن نصيب الراد[4] واحد، ومجموع ذلك أربعة، وللراد ستة، ولا شيء للمجيز.

وإن شئت أخذت مالاً له ثلث مقسوم على ثلاثة، وهو تسعة: للموصى لهما ثلاثة من الأصل يبقى ستة لكل ابنٍ ثلاثة. ثم المجيز يعطى سهمه لهما فيصير لهما ستة مقسومة بينهما أثلاثاً: لصاحبِ المال أربعة ويبقى للراد ثلاثة لا يعطيها أحداً.

وإن شئت قلت: مخرج الثلث من ثلاثة: للموصى لهما ثلث. يبقى سهمان: سهم[5] للراد وسهم للمجيز يدفعه إلى الموصى لهما. فيصير لهما[6] سهمان بينهما. على ثلاثة لا يصح. اضرب ثلاثة في ثلاثة تكن تسعة، واقسم كما تقدم.

وأما كون المجيز لصاحب المال وحده يدفع إليه كل ما في يده أو ثلثيه على اختلاف الوجهين؛ فلما تقدم في المسألة قبل.

---

(١) زيادة من ج.

(٢) ساقط من أ.

(٣) في هـ: الرد.

(٤) في هـ: الرد.

(٥) ساقط من أ.

(٦) ساقط من هـ.

وأما كون المجيز لصاحب النصف وحده يدفع إليه نصف ما في يده ونصف سدسه أو ثلثه ؛ فلما تقدم من أن صاحب النصف إذا أجيز له وحده له النصف أو الثلث.

فعلى قولنا: له النصف يأخذ هاهنا نصف ما في يد الابن المجيز ونصف سدسه؛ لأن الموصى له كان يستحق بتقدير إجازة الابنين النصف وهو أربعة ونصف : منها من الثلث سهم . بقي ثلاثة ونصف حاصلة بإجازة الابنين . فيستحق بإجازة أحدهما نصف ذلك وهو سهم ونصف وربع ، وذلك نصف ما في يد الابن ونصف سدسه.

وعلى قولنا: له الثلث يأخذ هاهنا ثلث ما في يد الابن المجيز؛ لأنه كان يستحق بتقدير إجازة الابنين ثلاثة : منها سهم من الثلث يبقى سهمان حاصلة بإجازة الابنين . فيستحق بإجازة أحدهما نصف ذلك ، وهو سهم ، وذلك ثلث ما في يد الابن.

فصل في الجمع بين الوصية بالأجزاء والأنصباء

قال المصنف رحمه الله: (**إذا خلّف ابنين ووصى لرجل بثلث ماله ولآخر بمثل نصيب ابن: ففيه وجهان:**

أحدهما: لصاحب النصيب ثلث المال عند الإجازة، وعند الرد يقسّم الثلث بين الوصيين نصفين.

والثاني: لصاحب النصيب مثل ما يحصل لابن وهو ثلث الباقي وذلك التسعان عند الإجازة، وعند الرد يقسّم الثلث بينهما على خمسة).

أما كون صاحب النصيب له ثلث المال عند الإجازة على الوجه الأول ؛ فلأنه موصى له بمثل نصيب ابن ، وفي المسألة ابنان . فيكون المال بينهم على ثلاثة، للموصى له بمثل نصيب ابن ثلثها.

فإن قيل: ينبغي أن تخرج الوصية بالثلث ثم يكون للموصى له بمثل نصيب ابن مثل نصيب أحدهم ، وذلك لا يبلغ الثلث.

قيل: لو كان كذلك لترتبت وصيةٌ على وصية، والوصايا لا يترتب بعضها على بعض.

وأما كون الثلث يقسّم بين الوصيين نصفين عند الرد ؛ فلأن كل واحدٍ يدلي بمثل صاحبه.

وأما كون صاحب النصيب له مثل ما يحصل لابن على الوجه الثاني ؛ فلأنه لو كان له أكثر من ذلك لأخذ أكثر من ابن ، والموصي[1] قد سوّى بينهما.

وأما كون ذلك ثلث الباقي ؛ فلأن ذلك الحاصل لكل ابنٍ؛ لأن الثلث إذا خرج للموصى له بقي الثلثان بين الابنين[2] والموصى له بنصيب ابنٍ على ثلاثة لكل واحدٍ ثلث ذلك.

---

(١) في هـ: فالموصي.

(٢) في هـ: الاثنين.

وأما كون ذلك التسعين عند الإجازة ؛ فلأن الموصى له بالثلث إذا أخذ ثلثه بقي سهمان على ثلاثةٍ لا تصح . اضرب ثلاثة في ثلاثة تكن تسعة: لصاحب الثلث ثلاثة، ولصاحب النصيب اثنان، ولكل ابنٍ اثنان.

وأما كون الثلث يقسّم بينهما على خمسةٍ عند الرد ؛ فلأن صاحب الثلث له ثلاثة، وصاحب النصيب له اثنان وتلك خمسة، ولكل ابنٍ خمسة.

قال: (وإن كان الجزء الموصى به النصف خرج فيها وجهٌ ثالث . وهو : أن يكون لصاحب النصيب في حال الإجازة ثلث الثلثين، وفي الرد يقسّم الثلث بينهما على ثلاثة عشر سهماً[1]: لصاحب النصف تسعة، ولصاحب النصيب أربعة).

أما كون صاحب النصيب له ثلث الثلثين في حال إجازة الورثة ؛ فلأن الثلثين حق الورثة وهو شريكهم . فيكون له[2] ثلث ذلك لا ينقص شيئاً إلا بإجازته.

وأما كون الثلث يقسّم بينهما على ثلاثة عشر في الرد ؛ فلأن صاحب النصف له النصف، وصاحب النصيب له التسعان ، ومجموعهما ستة أتساع ونصف . اضرب ذلك في مخرج النصف تكن ثلاثة عشر.

وأما كون صاحب النصف له تسعة وصاحب النصيب له أربعة ؛ فلأن من له شيء صار له مثلاه ، وصاحب النصف كان له أربعة ونصف فيكون له تسعة وصاحب النصيب كان له سهمان فيكون له أربعة.

فعلى هذا يكون لصاحب النصف في الإجازة ثمانية عشر، ولصاحب النصيب ثمانية، ولكل ابنٍ خمسة. وفي الرد: لصاحب النصف تسعة، ولصاحب النصيب أربعة، ولكل ابنٍ ثلاثة عشر.

فإن قيل: على الوجهين الأولين كم للموصى لهما ؟

قيل: على الأول لصاحب النصف في الإجازة ستة من اثني عشر، ولصاحب الثلث أربعة، ولكل ابنٍ سهم. وفي الرد: الثلث بينهما على عشرة، ولكل ابنٍ عشرة . وعلى الثاني لصاحب النصف في الإجازة ثلاثة من ستة، ولصاحب

(١) زيادة من ج.
(٢) ساقط من هـ.

النصيب سهم، ولكل ابنٍ سهم. وفي الرد: الثلث بينهما على أربعة، ولكل ابنٍ أربعة.

قال: (وإن وصى لرجل بمثل نصيب أحدهما ، ولآخر بثلث باقي المال : فعلى الوجه الأول لصاحب النصيب ثلث المال، وللآخر: ثلث الباقي تسعان والباقي للورثة . وعلى الوجه الثاني: يدخلها الدور).

أما كون صاحب النصيب له ثلث المال على الوجه الأول ؛ فلما تقدم.

وأما كون الآخر له ثلث الباقي تسعان ؛ فلأنه موصى له به؛ لأنه موصى له بثلث الباقي ، وقد بقي ثلثان . فليكن له ثلثها ، وذلك تسعان.

فعلى هذا تصح المسألة من تسعة: لصاحب النصيب ثلاثة، وللآخر اثنان، ولكل ابنٍ اثنان.

وأما كون المسألة يدخلها الدَّوْر على الوجه الثاني ؛ فلأن صاحب النصيب له مثل نصيب ابن بعد إخراج وصية الآخر، والعلم بنصيبه موقوفٌ على العلم بنصيب الموصى له بثلث ما يبقى، ونصيب الموصى له بثلث ما يبقى موقوفٌ على العلم بنصيب صاحب النصيب.

قال: (ولعملها طرقٌ : أحدها: أن تجعل المال ثلاثة أسهم ونصيباً تدفع النصيب إلى الموصى له بنصيب ابن، وللآخر ثلث الباقي سهم يبقى سهمان لكل ابن سهم ، وذلك هو النصيب . فصحت من أربعة).

أما كون عمل المسألة المذكورة لها طرق ؛ فلأنها تارة تُعمل بالمجهول، وتارة بالجبر، وتارة بغير ذلك.

وأما كون أحد الطرق أن يجعل العاملُ المالَ ما ذُكر؛ فظاهر.

وأما كونه يجعلُ المال ثلاثة ونصيباً؛ فليخرج ثلث الباقي سهماً صحيحاً. ولو كانت الوصية بربع الباقي جعل ثلث المال أربعة ونصيباً ليخرج ربع الباقي سهماً صحيحاً . وعلى هذا فقس.

وأما كونه يدفع النصيب إلى الموصى له بنصيب ابن[1] ؛ فلأنه موصى له

(١) ساقط من هـ.

بذلك.

وأما كون الآخر له ثلث الباقي سهم؛ فكذلك.

وأما كون الباقي سهمين لكل ابنٍ سهم؛ فظاهر.

وأما كون ذلك السهم هو النصيبَ ؛ فلأنه الذي حصل لكل ابن.

وأما كون المسألة تصح من أربعةٍ ؛ فلأنه قد ثبت أن النصيب سهم فإذا كان المال ثلاثة ونصيباً، والنصيب سهماً عُلم أن جميع المال أربعة. فلو كانت الورثة ثلاثة كان لكل ابنٍ ثلثا سهم . فيعلم[1] أن المال ثلاثة وثلثا سهمٍ . ابسطها من جنس الكسر تكن أحد عشر: لصاحب النصيب اثنان، ولصاحبِ ثلث الباقي ثلاثة، ولكل ابنٍ اثنان . وعلى هذا فقس.

قال: (وبالجبر تأخذ مالاً تُلْقي منه نصيباً وثلث الباقي . يبقى ثلثا مال إلا ثلثي نصيب يعدل نصيبين . اجبرها بثلثي نصيب وزد مثل ذلك على النصيبين[2] : يبقى ثلثا مال يعدل نصيبين وثلثين . ابسط الكل أثلاثاً من جنس الكسر يصير مالين يعدل ثمانية أنصباء . اقلب فاجعل المال ثمانية والنصيب اثنين).

أما كون عامل المسألة المذكورة بالجبر يأخذ ما ذُكر ؛ فلأنه طريق من الطرق. وسمي بذلك؛ لأن الكسر الذي فوق السهام يجبر.

وأما كونه يأخذ مالاً مجهولاً ؛ فلأن العلم به ابتداءً لا يمكن؛ لما ذكر من الدَّوْر.

وأما كونه يلقي النصيب وهو وصية صاحب النصيب وثلث الباقي وهو وصية الآخر من المال؛ فليعلم الباقي بعد ذلك كله حتى يقسّم على الورثة.

وأما كون الباقي بعد ذلك ثلثي المال إلا[3] ثلثي نصيب ؛ فلأن العامل لما أسقط النصيب ثم أراد أن يسقط ثلث الباقي وهو ثلث مال إلا ثلث نصيب : احتاج إلى جبر ثلث النصيب . فإذا جبره وأسقط من المال ثلثاً بقي معه ثلثا مال إلا ثلثي نصيب.

(١) في هـ: فنعلم.
(٢) في هـ: النصيب.
(٣) في هـ: لا.

وأما كون ذلك يعدل نصيبين ؛ فلأن ذلك جميع حق الورثة وهما ابنان[1].

وأما كونه يجبر الكسر بثلثي نصيب ؛ فليبقى بلا كسر.

وأما كونه يزيد مثل ذلك على النصيبين ؛ فليقابل ذلك الكسر المجبور به.

وأما كون الباقي بعد ذلك ثلثي مال؛ فظاهر.

وأما كونه يعدل نصيبين ؛ فلما تقدم من أن ذلك جميع حق الورثة.

وأما كونه يبسط الكل أثلاثاً من جنس الكسر؛ فليخرج بلا كسر.

وأما كون ذلك يصير مالين يعدل ثمانية أنصباء ؛ فلأن ثلثي المال إذا بسط أثلاثاً صار مالين ، والنصيبين والثلثين إذا بسطا أثلاثاً صارا ثمانية أنصباء.

وأما كون العامل للمسألة المذكورة يقلب فيجعل المال ثمانية والنصيب اثنين؛ فليعلم المال والنصيب.

قال: (وإن شئت قلت: للابنين سهمان . ثم تقول : هذا بقيةُ مال ذهب ثلثه فزد عليه مثل نصفه يصير ثلاثة . ثم زد مثل نصيب ابن يصير أربعة).

أما كون عامل المسألة المذكورة إن شاء قال ما ذكر ؛ فلأنه طريقٌ من الطرق، ويسمى المنكوس.

وأما كون الابنين لهما سهمان ؛ فلأن ذلك أقل ما يمكن من عدد صحيح.

وأما كونه يقول: هذا بقية مالِ ذهب ثلثه فزد عليه مثل نصفه ؛ فلأن الوصية بثلث الباقي . فإن كانت بربع الباقيٍ فتقول: هذا بقية مال ذهب ربعه فزد عليه مثل ثلثه ، وإن كانت بخمس الباقي فتقول: هذا بقية[2] مالٍ ذهب خمسه فزد عليه مثل ربعه.

وأما كون ذلك يصير ثلاثة ؛ فلأن السهم إذا زيد على اثنين صار ثلاثة.

وأما كونه يزد على الخارج مثل سهم ابنٍ ؛ فلأن الموصى له بالنصيب له مثل ابن.

وأما كون ذلك يصير أربعة ؛ فلأن نصيب الابن سهم . فإذا أضيفت إلى ثلاثة صار ذلك أربعة.

---

(١) في هـ: وهم اثنان.

(٢) ساقط من هـ.

فعلى هذا تصح مسألة المصنف رحمه الله من أربعة: اثنان للابنين، ومثل نصيب الابنين واحد[1] صار ذلك ثلاثة، ونصيب ابن سهم صار المجموع أربعة: للموصى له بالنصيب سهم، وللموصى له بثلث الباقي سهم، ولكل ابنٍ سهم.

قال: (وإن كانت وصية الثاني بثلث ما يبقى من النصف فبالطريق الأولى تجعل المال ستة ونصيبين. تدفع النصيب إلى الموصى له به، وللآخر ثلث بقية النصف سهماً، وإلى أحد الابنين نصيباً يبقى خمسة للابن الآخر. فالنصيب خمسة والمال ستة عشر، وبالجبر تأخذ مالاً تلقي منه نصيباً وثلث باقي النصف يبقى خمسة أسداس مال إلا ثلثي نصيب يعدل نصيبين. اجبرها تكن خمسة أسداس مال يعدل نصيبين وثلثين. ابسط الكل أسداساً واقلب وحوّل يصير المال ستة عشر والنصيب خمسة).

أما كون عامل المسألة بالطريق الأول يجعل المال ستة ونصيبين؛ فليكون الباقي من النصف بعد النصيب له ثلث صحيح يأخذه الموصى له به. ولو كانت الوصية بربعٍ جعل المال ثمانية ونصيبين. ولو كانت نصف ما يبقى من النصف جعل المال أربعة ونصيبين.

وأما كونه يدفع النصيب إلى الموصى له به ، وثلث بقية النصف الآخر بينهما ؛ فلأنهما موصى لهما بذلك.

وأما كونه يدفع إلى أحد الابنين نصيباً ؛ فلأنه يستحق مثل ما يستحق صاحب النصيب.

وأما كون الباقي خمسة للابن الآخر ؛ فلأنه لم يبق حق لغيره.

وأما كون النصيب خمسة ؛ فلأنه مثل ما أخذ الابن.

وأما كون المال ستة عشر ؛ فلأنه لما كان ستة ونصيبين ، وكل نصيب خمسة لزم أن يكون ستة عشر.

فعلى هذا مسألة المصنف رحمه الله: لصاحب النصيب خمسة يبقى من النصف ثلاثة : للموصى له بثلث باقي النصف ثلثها سهم . يبقى عشرة لكل ابن خمسة.

---

(١) في هـ: الابن واحداً.

والمسألة الثانية: ثمانية ونصيبان : لصاحب النصيب نصيب . يبقى ثمانية ونصيب : للموصى له بربع باقي النصف سهم . يبقى سبعة ونصيب . يدفع إلى أحد الابنين نصيب يبقى سبعة للابن الآخر . فالنصيب إذاً سبعة والمال اثنان وعشرون: لصاحب النصيب سبعة [يبقى من النصف أربعة للموصى له بربع ما يبقى من النصف سهم][1] . يبقى أربعة عشر لكل ابنٍ سبعة.

والمسألة الثالثة: أربعة ونصيبان، والنصيب ثلاثة والمال عشرة.

وأما كونه بالجبر يأخذ مالاً يلقي منه نصيباً وثلث باقي النصف ؛ فلما تقدم ذكره.

وأما كون الباقي خمسة أسداس مال إلا ثلثي نصيبٍ ؛ فلأن المال إذا ألقي منه نصيبٌ بقي مال[2] إلا نصيباً . فإذا ألقي منه ثلث باقي النصف وهو سدس مال إلا ثلث نصيبٍ جبر ثلث النصيب هنا بثلث من النصيب الأول . ثم أُسقِط من المال سدسٌ كاملٌ . تعين[3] كون الباقي خمسة أسداس مال إلا ثلثي نصيب.

وأما كون ذلك يعدل نصيبين ؛ فلأنه يعدل حق اثنين.

وأما كونه يجبر ذلك؛ فليخرج بلا كسر.

وأما كون ذلك يعدل نصيبين وثلثين ؛ فلأنه لما أجبر المال بثلثي نصيب احتيج إلى أن يزاد النصيب على ما يقابل ذلك.

وأما كونه يبسط ذلك أسداساً؛ فلتخرج المسألة بلا كسر.

وأما كونه يقلب ويحول . ومعناه: أن يجعل المال النصيب والنصيب المال؛ فليعلم النصيب والمال.

وأما كون المال ستة عشر ؛ فلأن النصيبين وثلثين ستة عشر سدساً.

وأما كون النصيب خمسة ؛ فلأن ما تقدم خمسة أسداس.

قال: (وإن خلّف أماً وبنتاً وأختاً ، وأوصى بمثل نصيب الأم وسبع ما بقي ، ولآخر بنصيب الأخت وربع ما بقي، ولآخر بمثل نصيب البنت وثلث ما بقي :

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: مالاً.

(٣) في هـ: تعون.

فقل: مسألة الورثة من ستة . وهي بقية مال ذهب ثلثه فزد عليه مثل نصفه ثلاثة ثم زد عليه مثل نصيب البنت : تكن اثني عشر . فهي بقية مال ذهب ربعه . فزد عليه ثلثه، ومثل نصيب الأخت : صارت ثمانية عشر . فهي بقية مال ذهب سبعه . فزد عليه سدسه، ومثل نصيب الأم : تكن اثنين وعشرين).

أما كون مسألة الورثة من ستة ؛ فلأن فيها سدساً ونصفاً وما بقي وذلك من ستة للأم سهم ، وللبنت ثلاثة ، والباقي للأخت؛ لأنها مع البنت عصبة.

وأما كون الستة بقية مال ذهب ثلثه ... إلى آخره؛ فظاهر لا يحتاج إلى شرح.

وبيان تصحيح ذلك: أن الستة مثل نصفها ثلاثة فإذا أضيف إليها ذلك صارت تسعة . ثم يضاف إليها ثلاثة هي نصيب البنت صارت اثني عشر مثل ثلثها أربعة، ونصيب الأخت سهمان صارت ثمانية عشر مثل سدسها ثلاثة، ونصيب الأم سهم صارت اثنين وعشرين: للموصى له بمثل نصيب الأم وسبع الباقي أربعة، وللموصى له بمثل نصيب البنت وثلث الباقي ستة، وللأم سهم، وللبنت ثلاثة، وللأخت سهمان.

قال: (وإن خلّف ثلاثة بنين ووصى بمثل نصيب أحدهم إلا ربع المال : فخذ مخرج الكسر أربعة ، وزد عليه ربعه تكن خمسة وهو نصيب كل ابن . فزد على عدد البنين واحداً واضربه في مخرج الكسر تكن ستة عشر . أعط الموصى[1] له نصيباً وهو خمسة واستثن[2] منه ربع المال أربعة يبقى له سهم، ولكل ابنٍ خمسة).

أما كون عامل المسألة المذكورة يأخذ مخرج كسر الاستثناء ؛ فليخرج ذلك بلا كسر. وقد تقدم أن مخرج الربع أربعة والثلث ثلاثة والنصف اثنان وهلمّ جرّا. فإذاً مخرج كسر الاستثناء هنا أربعة.

وأما كونه يزيد على مخرج الكسر ربعه ؛ فلأن الربع مستثنى.

وأما كون ذلك يكون خمسة ؛ فظاهر.

وأما كون الخمسة نصيب كل ابنٍ ؛ فلما يبين بعد.

وأما كونه يزيد على عدد البنين واحداً ؛ فلأن ذلك طريق إلى معرفة الموصى

(١) في هـ: للموصى.

(٢) في هـ: وستين.

به.

وأما كونه يضربه في مخرج الكسر؛ فليخرج ذلك بلا كسر.

وأما كون المال يكون ستة عشر فظاهر؛ لأن أربعة في أربعة ستة عشر.

وأما كونه يعطي الموصى له نصيباً وهو خمسة ، ويستثني منه ربع المال أربعة ؛ فلأنه موصى له بنصيب، وقد تبين أنه خمسة إلا ربع المال، وقد تبين أنه أربعة.

وأما كون كل ابنٍ له خمسة ؛ فلأن الباقي بعد الوصية خمسة عشر وهم[1] ثلاثة . وبه ظهر أنه النصيب.

قال: (وإن قال: إلا ربع الباقي بعد النصيب : فزد على عدد البنين سهماً وربعاً ، واضربه في المخرج يكن سبعة عشر له سهمان، ولكل ابنٍ خمسة).

أما كون عامل المسألة المذكورة يزيد على عدد البنين سهماً وربعاً ؛ فلأن ذلك طريقٌ إلى معرفة الموصى به.

وأما كونه يضربه في مخرج الكسر ؛ فلما تقدم.

وأما كون المال يكون سبعة عشر ؛ فظاهر.

وأما كون الموصى له بما ذكر له سهمان ؛ فلأن النصيب خمسة لما يأتي . فإذا أسقط من سبعة عشر بقي اثنا عشر . فإذا أسقط منها ربع المال وهو ثلاثة بقي من النصيب سهمان.

وأما كون كل ابنٍ له خمسة ؛ فلأن المال بعد الوصية خمسة عشر وهم ثلاثة.

قال: (وإن قال: إلا ربع الباقي بعد الوصية جعلتَ المخرج ثلاثة وزدتَ عليه واحداً يكن أربعة فهو النصيب، وزد على سهام البنين سهماً وثلثاً[2]، واضربه في ثلاثة يكن ثلاثة عشر سهماً : له سهم، ولكل ابنٍ أربعة).

أما كون عامل المسألة المذكورة يجعل المخرج ثلاثة ويزيد عليه واحداً؛ [فلأن ذلك طريقٌ إلى معرفة النصيب.

وأما كون ذلك أربعة ؛ فظاهر.

---

(١) في هـ: وهو.

(٢) في هـ: وثلثه.

وأما كون ذلك هو النصيب ؛ فلما يبين بعد.

وأما كون عامل المسألة المذكورة يزيد على سهام البنين سهماً وثلث سهم][1] ؛ فلأن ذلك طريق إلى معرفة الموصى به.

وأما كونه يضرب ذلك في ثلاثة ؛ فليخرج ذلك بلا كسر.

وأما كون ذلك يكون ثلاثة عشر ؛ فظاهر.

وأما كون الموصى له بما ذكر له سهم من ثلاثة عشر ؛ فلأنه موصى له بنصيب، وقد تبين أنه أربعة إلا ربع الباقي بعد الوصية، وقد تبين أنه ثلاثة[2] فيبقى له سهم.

وأما كون كل ابنٍ له أربعة ؛ فلأن الباقي بعد الوصية اثنا عشر على ثلاثة لكل واحدٍ أربعة.

فإن قيل: ما الفرق بين النصيب والوصية ؟

قيل: النصيب هو الحاصل للابن الموصى به تقديراً لا حصولاً. والوصية: الحاصل للموصى له لا المقدر.

فإن قيل: ما طريق العمل[3] في ذلك ؟

قيل: أن تنظر إلى[4] الاستثناء فتأخذ مخرج الجزء الذي هو أقل منه وهو هنا ثلاثة. فلو كان الاستثناء الخمس جعلت المخرج من أربعة ثم تزيد على المخرج واحداً يصير أربعة في الأولى[5] وخمسة في الثانية فيكون النصيب . ثم تزيد على سهام البنين سهماً وثلثاً إن كان المخرج من ثلاثة ، وسهماً وربعاً إن كان المخرج من أربعة يصير ذلك في الأولى أربعة وثلثاً، وفي الثانية خمسة وربعاً . ثم تضرب ذلك في مخرج الكسر يكون في الأولى ثلاثة عشر، وفي الثانية أحداً[6] وعشرين : للموصى له سهم منهما، ولكل ابنٍ من الأولى أربعة، ومن الثانية خمسة.

---

(١) ساقط من هـ.

(٢) في هـ: ثلاثة عشر.

(٣) في هـ: العلم.

(٤) في هـ: في.

(٥) إلى هنا انتهت نسخة هـ.

(٦) في أ: أحد.

وبيان التصحيح: أن النصيب في الأولى أربعة والباقي بعد الوصية عشرون خمسها أربعة . فإذا استثنيت أربعة من خمسة بقي واحد ، وهو الذي حصل له.

قال: (**ولا يليقُ بهذا الكتاب التطويل بأكثر من هذا**).

يعني: أن هذا العلم المختص بالوصايا كثيرٌ واسع، وله طرقٌ متعددةٌ كثيرةٌ . إلا أن هذا الكتاب مختصر . فلم يَلق به أكثر مما ذكر.

باب الموصى إليه

قال المصنف رحمه الله تعالى: (تصح وصية المسلم إلى كل مسلم عاقل عدل، وإن كان عبداً أو مراهقاً أو امرأة أو أم ولد . ولا تصح إلى غيرهم . وعنه: تصح إلى الفاسق، ويضم الحاكم إليه أميناً. وإن كانوا على غير هذه الصفات ثم وجدت عند الموت فهل تصح ؟ على وجهين).

أما كون وصية المسلم تصح إلى كل مسلمٍ عاقلٍ عدلٍ ؛ فلأنه لا مانع فيمن ذكر يمنع الصحة ؛ لحصول الإسلام والعقل والعدالة فيه.

وفيه إشعارٌ بأن من شرط صحة الوصية على كل مسلم: أن يكون مسلماً فلا تصح إلى كافر؛ لأنه ليس له من أهل الولاية على مسلم. وأن يكون عاقلاً فلا تصح إلى من لا عقل له كالطفل والمجنون؛ لأنهما ليسا أهلاً للولاية على مالهما فلئلا يكونا أهلاً للولاية على غيرهما بطريق الأولى. وأن يكون عدلاً على الأول[1] . فلا تصح الوصية إلى فاسق؛ لأنه غير مأمون.

وأما كونها تصح إلى الفاسق على روايةٍ ويضم الحاكم إليه أميناً ؛ فلأن في ذلك جمعاً بين حفظ المال، وتحصيل نظر الموصي.

وأما كونها تصح إلى من ذكر وإن كان عبداً ؛ فلأن العبد من أهل الأمانة . أشبه الحر.

وأما كونها تصح وإن كان مراهقاً ؛ فلأن المراهق كالبالغ في إمكان التصرف . فإذا كان موصوفاً بهذه الأوصاف وجب أن تصح الوصية إليه ؛ كالبالغ.

وأما كونها تصح وإن كان امرأة ؛ فـ « لأن عمرَ أوصى إلى حَفصَة »[2].

ولأن المرأة من أهل الشهادة . أشبهت الرجل.

وأما كونها تصح وإن كان أم ولدٍ ؛ فلأن أم الولد حرة عند نفوذ الوصية.

---

(١) في ج: المذهب.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ١٦١ كتاب الوقف؛ باب جواز الصدقة المحرمة وإن لم تقبض.

ولأن العبد القن تصح الوصية إليه؛ لما تقدم . فلأن تصح إلى أم الولد المنعقد سبب حريتها بطريق الأولى.

وأما كونها تصح إلى من لم يكن على هذه الصفات ثم يوجد عند الموت على وجهٍ ؛ فلأن الوصي إنما يتمكن من التصرف في الوصية عند الموت . فاعتبر شرط التصرف حينئذٍ لا قبله.

وأما كونها لا تصح على وجهٍ ؛ فلأن الصفات المذكورة معتبرةٌ حال الموت . فوجب أن تعتبر حالة العقد ؛ كسائر العقود.

قال: (وإذا وصّى إلى واحد وبعده إلى آخر فهما وصيتان . إلا أن يقول: قد أخرجت الأول . وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك إليه . وإن مات أحدهما أقام الحاكم مقامه أميناً ، وكذا إذا فسق . وعنه: يضم إليه أمين).

أما كون من ذكرا وصيين إذا لم يقل الموصي: قد أخرجت الأول ؛ فلأنه أوصى إليهما ، وأمكن الجمع بينهما.

وأما كون الثاني الوصي إذا قال الموصي: قد أخرجت الأول ؛ فلأنه أوصى إليه، وصرح بعزل الأول وهو يملك ذلك.

وأما كون أحد الوصيين ليس له الانفراد بالتصرف إذا لم يجعل ذلك إليه ؛ فلأن الموصي لم يرض إلا بأمانتهما . فلم يجز لأحدهما الانفراد ؛ كالوكيلين.

وأما كونه له ذلك إذا جعل إليه ذلك ؛ فلأن تصرفه مستفاد منه فإذا جعل ذلك إليه كان كما لو وصى إليه وحده.

وأما كون الحاكم إذا مات أحد الوصيين اللذين ليس لأحدهما الانفراد يقيم مقامه أميناً ؛ فلأن الموصي لم يرض بنظر أحدهما.

وأما كون من فسق كذلك على الأول[1] ؛ فلأن الفسق ينافي الوصية . فوجب أن يقيم الحاكم مقامه أميناً ؛ كما لو مات.

وأما كونه يضم إليه أمين على روايةٍ ؛ فلما تقدم.

قال: (ويصح قبول الوصية في حياة الموصي وبعد موته . وله عزل نفسه متى

---

(١) في ج: المذهب.

شاء . وعنه: ليس له ذلك بعد موته . وللموصي عزله متى شاء).

أما كون قبول الوصية في حياة الموصي وبعد موته يصح ؛ فلأن الوصية إذن في التصرف فجاز قبولها عقيب الإذن كالوكالة وبعد الموت كالوصية بالمال.

وأما كون الوصي له عزل نفسه متى شاء ؛ فلأنه متصرفٌ بالإذن . أشبه الوكيل.

وأما كونه ليس له ذلك بعد موت الموصي على روايةٍ ؛ فلأنه غرّه بالتزام وصيته ، ومنعه بذلك الإيصاء إلى غيره.

وأما كون الموصي له عزل الوصي متى شاء ؛ فلأنه نائبٌ عنه . فملك عزله ؛ كالوكيل.

قال: (وليس للوصي أن يوصي إلا أن يجعل إليه ذلك . وعنه: له ذلك).

أما كون الوصي ليس له أن يوصي إذا لم يجعل إليه ذلك على المذهب ؛ فلأنه متصرفٌ بالإذن . أشبه الوكيل.

وأما كونه له ذلك على روايةٍ ؛ فلأنه متصرفٌ . فكان له ذلك ؛ كالأب.

والأول أصح؛ لما تقدم.

والفرق بين الوصي والأب: أن الأب متصرفٌ بغير تولية أحد.

قال: (ولا تصح الوصية إلا في معلوم يملك الموصي فعله ؛ كقضاء الدين، وتفريق الوصية، والنظر في أمر الأطفال).

أما كون الوصية لا تصح إلا في معلومٍ؛ فليعلم الموصى إليه ما وصي به إليه ليحفظه ويتصرف فيه.

وأما كونها لا تصح إلا فيما يملك الموصي فعله كما مثل المصنف ؛ فلأن الوصي نائبه فإذا لم يكن الموصي يملك ذلك . فلئلا يملك ذلك نائبه بطريق الأولى.

قال: (وإذا أوصى إليه في شيء لم يصر وصياً في غيره. فإذا أوصى إليه بتفريق ثلثه فأبى الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم أخرجه كله مما في يده. وعنه: يخرج ثلث ما في يده ويحبس باقيه حتى يخرجوا).

أما[1] كون من وصي إليه بشيء لا يصير وصياً في غيره؛ فلأنه متصرفٌ بالإذن، ولا إذن في غير ما وصي إليه فيه. فلم يكن وصياً فيه؛ كالأجنبي.

وأما كون من أوصى إليه بتفريق الثلث يخرجه كله مما في يده إذا أبى الورثة إخراج ثلث ما في أيديهم على المذهب؛ فلأن حقِ الموصي متعلقٌ بأجزاء التركة كلها. فجاز أن يخرج وصيته ذلك مما في يده تحصيلاً لمقصود الموصي.

وأما كونه يخرج ثلث ما في يده ويحبس باقيه حتى يخرجوا على روايةٍ: أما الأول؛ فلأنه موصى به، ولا حق للورثة فيه، وثلثاه ليسا كذلك. وأما الثاني؛ فلأن إخراج بقية الثلث واجب، وذلك وسيلةٌ إليه.

قال المصنف في المغني: يمكن حملِ الروايتين على اختلاف حالين: فالرواية الأولى: محمولة على أن المال كان جنساً واحداً؛ لأنه لا فائدة في انتظار إخراجهم مما في أيديهم.

والرواية الثانية: محمولة على أن المال كان أجناساً؛ لأن الوصية تتعلق بثلث كل جنسٍ. فليس له أن يخرج عوضاً عن ثلث ما في أيديهم مما في يده؛ لأنه معاوضة. فلا يجوز بغير رضاهم.

قال: (وإن أوصى بقضاء دين معين فأبى ذلك الورثة قضاه بغير علمهم. وعنه: فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين أنه يقضي دين الميت إن لم يخف تبعة).

أما كون الموصى إليه يقضي الدين الموصى به بغير علم الورثة إذا أبوا ذلك على المذهب؛ فلأن الورثة لا حق لهم إلا بعد وفاء الدين.

وأما كونه يقضيه إذا لم يخف تبعة؛ فلأن ما تقدم ذكره قائمٌ فيه ولا معارض له. ومفهوم ذلك أنه له أن لا يقضيه إذا خاف التبعة. وهو صحيح؛ لأنه يتضرر بسببه، وهو منفي شرعاً.

---

(١) في أ: وأما.

ولأن من كان عليه دين لغيره أو اعترف صاحب المال أنه وكيله لم يلزمه الدفع إليه خوفاً من تبعة الرجوع عليه بتقدير إنكار الموكل . فهاهنا أولى.

قال: (وتصح وصية الكافر إلى مسلم، وإلى من كان عدلاً في دينه).

أما كون وصية الكافر إلى مسلم تصح ؛ فلأن المسلم يصح أن يكون وصياً لمسلم . فلأن يصح أن يكون وصياً لكافر بطريق الأولى.

ولأن المسلم مقبول الشهادة على الكافر وعلى غيره.

وأما كونها تصح إلى من كان عدلاً في دينه ؛ فلأنه يجوز أن يكون ولياً له . فجاز أن يكون وصياً له ؛ كالمسلم.

وحكى المصنف رحمه الله تعالى في الكافر وجهاً: أنها لا تصح؛ لأن الكافر أسوأ حالاً من الفاسق.

قال: (وإذا قال: ضع ثلث مالي حيث شئت ، أو أعطه من شئت لم يجز له أخذه ولا دفعه إلى ولده . ويحتمل جواز ذلك لتناول اللفظ له).

أما كون الموصى إليه بما ذكر لا يجوز له أخذ الموصى به على المذهب ؛ فلأنه تمليك ملكه بالإذن . فلا يجوز أن يكون قابلاً له ؛ كما لو وكله في بيع سلعة لم يجز له بيعها من نفسه.

وأما كونه لا يجوز له دفعه إلى ولده على المذهب ؛ فلأنه يتّهم في حقه . أشبه أخذه له.

وأما كونه يحتمل جواز ذلك ؛ فلما علل المصنف رحمه الله تعالى ، وذلك: أن تناول اللفظ يقتضي جواز ذلك؛ لأن[1] تناول اللفظ مشتركٌ بين ذلك وبين الأجنبي، والأجنبي يجوز الدفع إليه . فكذلك ما ذكر هنا.

وقال المصنف رحمه الله في المغني: يحتمل أن ينظر إلى القرائن . فإن دلت على جواز ذلك جاز ، وإلا فلا.

---

(١) في أ: لا.

قال: (وإن دعت الحاجة إلى بيع لبعض العقار لقضاء دين الميت أو حاجة الصغار، وفي بيع بعضه نقص: فله البيع على الكبار والصغار).

أما كون الوصي[1] له البيع على الكبار والصغار لقضاء دين الميت ؛ فلأن الدين متعلقٌ بكل جزءٍ من التركة . بدليل: ما لو هلك بعضها فإن الدين يوفّى من الباقي.

ولأن التركة باقية على حكم ملك الميت . ملك الوصي[2] أن يتصرف فيها بالحظ والمصلحة.

وأما كونه له البيع على الكل مع حاجة الصغار وفي بيع البعض نقص ؛ فلأن الوصي[3] مأمور بالإصلاح والتصرف على وجه الحظ والمصلحة . فإذا لم يمكن ذلك مع دعوى الحاجة إلا بنقصٍ : جاز له ذلك دفعاً للحاجة، وتحصيلاً للمصلحة المشترطة عليه.

ولأنه متى تعارض حقّ كبير وصغير فإنه يقدم حق الصغير؛ لكون التصرف في ماله مشروطاً بالغبطة . بخلاف الكبير[4].

---

(١) في أ: الموصى.

(٢) مثل السابق.

(٣) مثل السابق.

(٤) ذكر في حاشية أ ما يلي: لم يذكر الشارح قول الشيخ: (**ويحتمل أنه ليس له البيع على الكبار وهو أقيس**) وهذا الاحتمال هو اختيار الشيخ. ووجهه : بأنه لا يجب على الإنسان بيع ملكه ليزداد ثمن ملك غيره ؛ كما لو كان شريكهم غير وارثٍ . وقد قبل صاحب المحرر جواز البيع على الكبار بما إذا امتنعوا أو تحابوا . و لم يحكِ خلافاً . والله تعالى أعلم.

كتاب الفرائض

الفرائض: جمع فريضة . روي عن رسول الله ﷺ أنه قال: « العلمُ ثلاثةٌ ، وما سوى ذلك فهو فضلٌ: آيةٌ مُحْكَمَة ، وسنةٌ قائمَة ، وفريضةٌ عادلَة »[1]. رواه أبو داود.

وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: « تَعلموا الفرائضَ وعَلموه . فإنهُ نصفُ العلمِ . وهو يُنسى . وهو أولُ شيء يُنزع من أمتي »[2]. أخرجه ابن ماجة.

قال المصنف: (وهي : قسمة المواريث . وأسباب التوارث ثلاثة: رحم ، ونكاح ، وولاء . لا غير . وعنه: أنه يثبت بالموالاة ، والمعاقدة ، وإسلامه على يديه ، وكونهما من أهل الديوان . ولا عمل عليه).

أما قول المصنف رحمه الله تعالى: وهي قسمة المواريث ؛ فبيان لمعنى[3] الفرائض شرعاً.

وأما كون أسباب التوارث ثلاثة ؛ فلأن سبب التوارث تارة يكون رحماً ، [وتا]رة نكاحاً ، وتارة ولاء.

وأما كون الرحم -وهي القرابة- أحد أسباب التوارث ؛ فلأن الله تعالى قال: [﴿يو]صيكم الله في أولادكم للذكر مثلُ حَظِّ الأنثيين﴾ [النساء:١١] ، وقال: ﴿وإن [كان] رجل يورث كلالةً أو امرأة وله أخ أو أختٌ فلكل واحدٍ منهما السدس... [الآية]﴾ [النساء:١٢] ، وقال: ﴿يستفتونك قل الله يُفْتيكم في الكَلالة... الآية﴾ [النساء: ١[٧٦]] ، وقال: ﴿وأُلوا الأرحام بعضُهم أولى ببعض في كتاب الله... الآية﴾ [الأنفال: [٧٥]].

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٨٥) ٣:١١٩ كتاب الفرائض، باب ما جاء في تعليم الفرائض.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٥٤) ١: ٢١ المقدمة، باب اجتناب الرأي والقياس.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧١٩) ٢: ٩٠٨ كتاب الفرائض، باب الحث على تعليم الفرائض.
وأخرجه الدارقطني في سننه (١) ٤: ٦٧ كتاب الفرائض.

(٣) في أ: للمعنى.



وقد روي أن النبي ﷺ قال: « أَلحِقُوا الفرائضَ لأهلِهَا . فما بَقِيَ فهوَ لأَوْلَى رجلٍ ذَكَر »[1]. متفق عليه.

وروى جابر قال: « جاءتْ امرأةُ سعدِ بن الربيع إلى رسول الله ﷺ بابنتَيْهَا من سعد . فقالت: هاتان ابنتا سعد قُتل أبوهما معكَ يومَ أحدٍ شهيداً ، وإن عمهما[2] أخذَ مالهما ولا يُنكَحان إلا ولهما مال . قال: يَقضي الله في ذلك فنزلت آية الميراث . فبعثَ رسول الله ﷺ إلى عمهما . فقال: أعطِ ابنتي سعدٍ الثلثين ، وأمهما الثمن ، وما بقيَ فهوَ لك »[3]. رواه أبو داود والترمذي.

وأما كون النكاح ثاني أسباب التوارث ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجُكم إن لم يكن لهنّ ولد... الآية﴾ [النساء:١٢].

وقال النبي ﷺ في حديث بنتي سعد: « أعط أمهما الثمن »[4].

وأما كون الولاء ثالث أسباب التوارث ؛ فلما روي عن النبي ﷺ: « الولاء لمن أعتق »[5].

وقال: « الولاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النسبِ لا تُبَاعُ ولا تُوهَب »[6].

وروي عن عبدالله بن شداد قال: « كان لبنت حمزة مولى أعتقته . فتركَ ابنته ومولاته . فأعطى النبي ﷺ بنته النصفَ وأعطى مولاته بنتَ حمزةَ النصف »[7].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٥٦) ٦: ٢٤٧٨ كتاب الفرائض، ميراث الجد مع الأب والإخوة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٥) ٣: ١٢٣٣ كتاب الفرائض، باب ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر.

(٢) في أ: عمها.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٩١) ٣:١٢٠ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الصلب.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٠٩٢) ٤: ٤١٤ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث البنات.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٢٠) ٢: ٩٠٨ كتاب الفرائض، باب فرائض الصلب.

(٤) سبق قريباً.

(٥) سيأتي تخريجه ص: ٤٣٩.

(٦) أخرجه ابن حبان في صحيحه (٤٩٥٠) ١١: ٣٢٥ كتاب البيوع، ذكر العلة التي من أجلها نهي عن بيع الولاء وعن هبته.
وأخرجه الحاكم في مستدركه (٧٩٩٠) ٤: ٣٧٩ كتاب الفرائض. وقال: صحيح الإسناد و لم يخرجاه.

(٧) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٧٤) ١: ٧٣ كتاب الفرائض، باب ميراث المولى مع الورثة.

وأما كون أسباب التوارث الأسباب الثلاثة لا غير ؛ فلأن الإرث يستدعي دليلاً، والأصل عدمه.

وأما كون التوارث يثبت بالموالاة والمعاقدة على روايةٍ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿والذين عَقَدَت أيمانُكم فآتوهم نَصِيبهم﴾ [النساء:٣٣] . أي من الإرث. « كان الرجل في ابتداء الإسلام يقول للرجل: دمي دمك ، ومالي مالك ، تنصرني وأنصرك ، وترثني وأرثك . فيتعاقدان[١] الحلف بينهما على ذلك . فيتوارثان به دون القرابة »[٢].

والأول أصح؛ لأن ذلك نُسخ بقوله تعالى: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض... الآية﴾ [الأنفال:٧٥].

وأما كونه يثبت بإسلام الشخص على يدي غيره على روايةٍ؛ فلما روى راشد بن سعد قال: قال رسول الله ﷺ: « من أسلمَ على يديه رجل فهوَ مولاهُ يرثهُ ويَدِي عنه »[٣]. رواه سعيد.

وروي عن تميم الداري أنه قال: « يا رسول الله! ما السنةُ في الرجلِ يسلمُ على يدي[٤] الرجل ؟ فقال: هوَ أولى[٥] الناسَ بمحيَاهُ ومماتِه »[٦]. رواه أبو داود والترمذي. وقال: لا أظنه متصلاً.

والأول أصح؛ لما تقدم من النسخ المذكور ، والأخبار المذكورة ضعيفة.

وأما كونه يثبت بكونهما من أهل الديوان على روايةٍ ؛ فلأنه يروى عن عمر رضي الله عنه. ذكره أبو الخطاب في تهذيبه.

---

(١) في ج: فيتعاقلان.

(٢) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٩١٦٧) ١٠: ٣٠٥-٣٠٦ كتاب الفرائض ، باب الحلفاء .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٠١) ١: ٧٨ كتاب الفرائض، باب من أسلم على الميراث قبل أن يقسم. ويدي عنه: أي يعطي الدية ويؤديها عنه.

(٤) في أ: يد.

(٥) في ج: أحق.

(٦) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩١٨) ٣:١٢٧ كتاب الفرائض، باب في الرجل يسلم على يدي الرجل.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١١٢) ٤:٤٢٧ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الذي يسلم على يدي الرجل.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٥٢) ٢:٩١٩ كتاب الفرائض، باب الرجل يسلم على يدي الرجل.

والأول أصح؛ لما تقدم. وفعل عمر محمول على أنه فعل ذلك للمصلحة لا للإرث.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى: ولا عمل عليه؛ فعائد إلى ما ذكر من أن الإرث يثبت بالموالاة والمعاقدة وإسلامه على يديه، وكونهما من أهل الديوان على رواية. وإنما ذلك كذلك؛ لأن الأصح غيره. وقد تقدم دليله.

قال: (والمجمع على توريثهم من الذكور عشرة: الابن، وابنه وإن نزل، والأب، وأبوه وإن علا، والأخ من كل جهة، وابن الأخ إلا من الأم، والعم وابنه كذلك، والزوج، ومولى النعمة.

ومن الإناث سبع: البنت، وبنت الابن، والأم، والجدة، والأخت، والمرأة، ومولاة النعمة).

أما كون عدد المجمع على توريثهم سبعة عشر: عشرة من الذكور، وسبعاً من الإناث؛ فلأن تفصيلهم يدل على ذلك.

وأما كونهم مجمعاً على توريثهم فذكره غير واحدٍ من أهل العلم، وقد دل النص على توريثهم:

أما الابن وابنه وإن نزل؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ [النساء: ١١]، وقال عليه السلام: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر»(١) متفق عليه.

وأما الأب؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولأبويه لكل واحدٍ منهما السدس﴾ [النساء: ١١].

وأما الجد وإن علا فيحتمل أن يدخل في عموم قوله: ﴿ولأبويه﴾ [النساء: ١١]؛ كما دخل ابن الابن في قوله: ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ [النساء: ١١]. ويحتمل أن يثبت إرثه بأن النبي ﷺ ورثه السدس(٢).

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٣١٥.

وأما الأخ من كل جهةٍ . والمراد به من الأبوين أو من الأب أو من الأم: أما الأخ من الأبوين أو الأب ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وهو يرثها إن لم يكن لها ولد﴾ [النساء:١٧٦]. وأما الأخ من الأم ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وله أخ أو أخت فلكل واحدٍ منهما السدس﴾ [النساء:١٢].

وأما ابن الأخ من الأبوين أو من الأب والعم وابنه ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « ما أبقت الفرائض فلأولى رجلٍ ذكر »[١]، وقال في حديث بنتي سعدٍ للعم: « وما بقي فهو لك »[٢].

وأما الزوج ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولكم نصفُ ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد﴾ [النساء:١٢].

وأما مولى النعمة والمراد به المعتق ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « إنما الولاء لمن أعتق »[٣]، وقال: « الولاءُ لحمة كلحمة النسب »[٤].

وأما البنت ؛ فلقوله تعالى: ﴿وإن كانت واحدةً فلها النصفُ﴾ [النساء:١١].

وأما بنت الابن ؛ فلأنها بمنزلة بنت . فإذا أخذت البنت النصف تعين كون السدس لها؛ لأن فرض البنتين الثلثان لقوله تعالى: ﴿فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك﴾[النساء:١١].

فإن قيل: ظاهر هذا الجمع فلم حكم بالثلثين للبنتين ؟

قيل[٥]: لأن قوله ﷺ: « أعط ابنتي سعد الثلثين »[٦] : بيّنَهُ . قاله المفسرون. وسيأتي بيان ذلك مستقصى في موضعه إن شاء الله تعالى[٧].

وأما الأم ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولأبويه لكل واحد منهما السدس﴾ [النساء: ١١]، وقال: ﴿وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء: ١١].

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

(٣) سيأتي تخريجه ص: ٤٣٩.

(٤) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

(٥) ساقط من أ.

(٦) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

(٧) ص: ٣٣١.

وأما الجدة؛ فـ « لأن النبي ﷺ أطعمها السدس »[1] رواه أبو داود.

وأما الأخت فقد تكون لأبوين وقد تكون لأب وقد تكون لأم : أما التي لأبوين أو لأب؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وله أخت فلها نصف ما ترك﴾ [النساء:١٧٦].

وأما الأخت لأم ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وله أخ أو أخت فلكل واحدٍ منهما السدس﴾ [النساء:١٢].

وأما المرأة ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد... الآية﴾ [النساء:١٢].

وأما مولاة النعمة والمراد بها المعتقة؛ فلدخولها في قوله عليه السلام: « إنما الولاء لمن أعتق »[2]. و « الولاء لحمة كلحمة النسب »[3].

قال: (والوارث ثلاثة: ذوو فرض ، وعصبات ، وذوو رحم).

أما كون الوارث ثلاثة ؛ فلأن الوارث تارة يكون ذا فرض، وتارة عصبة، وتارة ذا رحم.

وأما "ذو" فهو بمعنى صاحب.

وأما "الفرض" فهو التقدير . ومنه: فَرَض القاضي النفقة . أي قدّرها. فذو الفرض معناه: صاحب التقدير . أي: الذي قُدّر له شيءٍ معلوم في كتابٍ أو سنة.

وأما "العصبة" فهو الوارث بغير تقدير . والعصبَة مأخوذ من العَصْبِ وهو الشدة، ومنه: عصابة الرأس . والمعنى هنا: أن الميت يشتدّ أزره وجانبه بولده وبأبيه وبإخوته وما أشبه ذلك.

وأما "ذو الرحم" فهو الذي يدلي بقرابة الأم.

فإن قيل: في هذا إشكالان:

أحدهما: أن ولد الأم يدلي بقرابة الأم وليس بذي رحم في الميراث.

وثانيهما: أن بنات العم وبنات الأخ من ذوي الأرحام ولا يدلون بقرابة الأم.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٩٥) ٣: ١٢٢ كتاب الفرائض، باب في الجدة.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٤٣٩.

(٣) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

قيل: أما ولد الأم فهو ذو رحم حقيقة إلا أنه لما ورث بالفرض صار هذا الوصف مغموراً بالنسبة إليه؛ لأنه إذا اجتمع سببان أحدهما أقوى من الآخر يصير الأضعف مغموراً بالنسبة إلى الأقوى . لا سيما إذا كان أحد السببين في الجملة ليس بسببٍ مع وجود الآخر؛ كميراث ذي الرحم مع ذي الفرض . ومما[1] يبين أنه في الحقيقة ذو رحمٍ أنه لو كان عبداً فملكه عتق عليه؛ لأنه ذو رحمه.

وأما بنات العم والأخ[2].

(١) في أ: وكما.

(٢) بياض في الأصول.

باب ميراث ذوي الفروض

الميراث أصله: مِوْراث[1] . انقلبت الواو ياء لكسرة ما قبلها. وذوي جمع ذو. والفروض: جمع فرض. وقد تقدم أن "ذو" معناها: صاحب. وأن الفرض معناه: التقدير. فمعنى ذوي الفروض: أصحاب التقادير.

قال المصنف رحمه تعالى: (وهم عشرة: الزوجان، والأبوان، والجد، والجدة، والبنت، وبنت الابن، والأخت من كل جهة، والأخ من الأم ؛ فللزوج الربع إذا كان لها ولد أو ولد ابن، والنصف مع عدمهما . وللمرأة الثمن إذا كان له ولد أو ولد ابن، والربع مع عدمهما).

أما كون ذوي الفروض عشرة ؛ فلأن كل من ذُكر له فرض؛ لما يأتي ذكره في موضعه، وهم عشرة.

فإن قيل: ما تقدم مشعرٌ بأمرين:

أحدهما: أن ذوي الفروض عشرة . وقد ذكرت الدلالة عليه.

وثانيهما: أن غير العشرة لا يكون من ذوي الفروض، ولم يذكر الدلالة عليه.

قيل: دليله الإجماع.

ولأن الأصل عدم التقدير.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى: الزوجان ... إلى قوله : والأخ من الأم ؛ فتعداد للعشرة، وبيان المراد بها.

وأما كون الزوج له الربع مع من ذُكر والنصف مع عدمه، وكون المرأة لها الثمن مع من ذكر والربع مع عدمه ؛ فلأن الله تعالى قال: {ولكم نصفُ ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولدٌ فلكم الربع مما تركن من بعد وصية

---

(١) في أ: مورث.

يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم﴾ [النساء:١٢].

فإن قيل: الحجب من النصف إلى الربع ومن الربع إلى الثمن بالولد ظاهر فلم يحصل ذلك الحجب بولد الابن ؟

قيل: لأنه ولد بدليل دخوله في: ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ [النساء:١١].

والمراد بقول المصنف: وللمرأة الثمن المرأة الواحدة فأكثر إلى أربع؛ لاستواء الكل في قدر الميراث.

فإن قيل: فلم جعل الجماعة مثل الواحدة ؟

قيل: لأنه لو فرض لكل واحدةٍ الربع وهن أربع لأخذن المال كله وزاد فرضهن على فرض الزوج.

فصل [في أحوال الأب]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**وللأب ثلاثة أحوال: حال يرث فيها السدس بالفرض . وهي مع ذكور الولد أو ولد الابن ، وحال يرث بالتعصيب . وهي مع عدم الولد وولد الابن ، وحال يجتمع له الفرض والتعصيب . وهي مع إناث الولد أو ولد الابن**)[1].

أما كون الأب له ثلاثة أحوال ؛ فلأنه تارة يرث بالفرض، وتارة بالتعصيب، وتارة بهما.

وأما كون إحدى أحواله: حالاً يرث فيها السدس بالفرض . وهي مع ذكور الولد أو ولد الابن ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولأبويه لكل واحدٍ منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء:١١].

فإن قيل: الولد يقع على الذكر والأنثى . فلم خصص هنا بالذكر ؟

قيل: لأن الغرض الإرث بالفرض لا غير. ولو كان الولد أنثى لاجتمع له مع الفرض التعصيب؛ لما يأتي.

وأما كون إحدى أحواله: حالاً يرث فيها بالتعصيب وهي مع عدم الولد وولد الابن ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء: ١١] أضاف المال إليهما ، وجعل للأم الثلث . فكان الباقي للأب . وهذا شأن التعصيب.

وأما كون إحدى أحواله: حالاً يجتمع له فيها الإرث بالفرض والتعصيب . وهي مع إناث الولد أو ولد الابن ؛ فلأنه إذا كان في المسألة بنت أو بنات أخذ

---

(١) في أ: وللأب ثلاثة أحوال: حال يرث فيها بالتعصيب وهي مع عدم الولد وولد الابن ، وحال يرث فيها السدس بالفرض وهي مع ذكور الولد أو ولد الابن ، وحال يرث فيها بالفرض وبالتعصيب وهي مع إناث الولد أو ولد الابن.

السدس بالفرض؛ لقوله تعالى: ﴿ولأبويه لكل واحدٍ منهما السدس مما ترك[1] إن كان له ولد﴾ [النساء:١١]، ويرث الباقي بعد فرض البنت أو البنات بالتعصيب؛ لقوله عليه السلام: « فما بقي فهو لأولى رجلٍ ذكر »[2] متفق عليه.

والأب حينئذٍ أولى رجلٍ ذكر.

---

(١) قوله: ﴿مما ترك﴾ سقط من الأصل.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

فصل [في حكم ميراث الجد]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وللجد هذه الأحوال الثلاثة وحال رابعٌ. وهي مع الإخوة والأخوات من الأبوين أو الأب فإنه يقاسمهم كأخ. إلا أن يكون الثلث خيراً له فيأخذه، والباقي لهم).

أما كون الجد له الأحوال الثلاثة المتقدم ذكرها ؛ فلأنه أبٌ وقد ورّثه رسول الله ﷺ السدس[1]. رواه سعيد بن منصور.

وأما كونه له حال رابع . وهي: مع الإخوة والأخوات من الأبوين أو الأب ؛ فلأنه يرث معهم في الجملة ؛ لأنه لا سبيل إلى إسقاطه بالإخوة والأخوات ، ولا بالعكس ؛ لاستوائهما في سبب الاستحقاق ؛ لأن كل واحدٍ منهما يدلي بالأب : الجد ؛ لأنه أبوه . والأخ ؛ لأنه ابنه. وقرابة البنوّة لا تنقص عن قرابة الأبوّة . بل ربما كانت أقوى ؛ لأن الأبوّة ربما سقطت بالبنوّة . فإذا لم يسقط بهم فلا أقل من أن لا يسقطوا به.

وأما كونه يقاسمهم كأخٍ إذا لم يكن الثلث خيراً له ؛ فلما تقدم من الاستواء المذكور.

وأما كونه يأخذ الثلث إذا كان خيراً له والباقي للإخوة ؛ فلأن زيد بن ثابت هكذا كان يصنع[2] وقد قال رسول الله ﷺ: « أفرضكم زيد »[3].

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٣٨) ١: ٤٤ باب الجد.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٤٤ كتاب الفرائض، باب ميراث الجد.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٣٩) ١: ٤٥ باب الجد.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٤) ١: ٢٨ كتاب الفرائض، باب الحث على تعليم الفرائض.

وأخرجه الحاكم في مستدركه (٧٩٦٢) ٤: ٣٧٢ كتاب الفرائض. وقال: هذا حديث صحيح على شرط الشيخين و لم يخرجاه.

قال: (فإن كان معهم ذو فرض أخذ فرضه . ثم للجد الأحظ من : المقاسمة كأخٍ ، وثلث الباقي ، وسدس جميع المال).

أما كون ذي الفرض يأخذ فرضه؛ فلأن ذلك له؛ لما تقدم في موضعه.

وأما كون الجد له الأحظ من : المقاسمة بعد إخراج فرض ذي الفرض، ومن ثلث الباقي، ومن سدس جميع المال ؛ فلأن ذلك له مع عدم فرض ذي الفرض . فكذا مع وجوده بعد إخراج نصيبه.

فإن قيل: مع عدم ذي الفرض[1] كان له ثلث الجميع.

قيل: ما يؤخذ بالفرض كأنه ذهب من المال فصار ثلث الباقي بمنزلة ثلث الجميع.

فعلى هذا إذا زاد الإخوة عن اثنين أو من يَعْدِلُهم من الإناث فلا حظ له في المقاسمة . ومتى نقصوا عن ذلك فلا حظ له في ثلث الباقي. ومتى نقصت الفروض عن النصف فلا حظ له في السدس . وإذا كانت الفروض النصف استوى السدس وثلث الباقي. ومتى كانت الإخوة اثنين استوى ثلث الباقي والمقاسمة.

قال: (فإن لم يفضل عن الفرض إلا السدس فهو له وسقط من معه منهم . إلا في الأكدرية وهي: زوجٌ وأمٌ وأختٌ وجدٌ: فللزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، وللأخت النصف، ثم يقسم نصف الأخت وسدس الجد بينهما على ثلاثة. فتضربها في المسألة وعولها وهو تسعة يكون سبعة وعشرين: للزوج تسعة، وللأم ستة، وللجد ثمانية، وللأخت أربعة. ولا يعول من مسائل الجد غيرها . ولا يفرض لأخت مع جد إلا فيها).

أما كون السدس للجد إذا لم يفضل عن الفرض إلا ذلك ؛ فلأنه لا يجوز نقصانه عن السدس؛ لأنه يرثه مع الولد فمع غيره بطريق الأولى.

ولأن النبي ﷺ أطعم الجد السدس[2]، ولا يجوز أن ينقص منه.

وأما كون من مع الجد من الإخوة والأخوات من الأبوين أو الأب يسقط فيما ذكر إذا لم تكن الأكدرية ؛ فلأنهم عصبة، وقد استوعبت الفروض المال.

(١) في أ زيادة: فكذا مع وجوده.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣١٥.

وأما كون الأخت لا تسقط في الأكدرية ؛ فلأن زيداً قضى فيها بذلك[1].
والذي حمله على عولها أنه لو لم يفرض للأخت لسقطت، وليس في الفريضة من يسقطها. والذي حمله على ضم نصف الأخت إلى سدس الجد أنها لا ترث معه إلا بحكم المقاسمة.

وسميت الأكدرية ؛ لأنها كدرت أصول زيد؛ لأنه لا عول عنده في مسائل الجد وقد أعالها. ولا فرض عنده لأختٍ مع جدٍ وقد فرض لها معه.

ولأنه جمع سهامهما[2] ثم قسمها ولا نظير له.

وقيل: سميت أكدرية ؛ لأن عبدالملك بن مروان سأل عنها رجلاً اسمه: الأكدر فأفتى فيها على مذهب زيد وأخطأ فيها فنسبت إليه.

وأما قول المصنف رحمه الله: وهي زوجٌ وأمٌ وأختٌ وجدٌ؛ فبيان للأكدرية. وأصلها من ستة؛ لأن فيها سدساً ونصفاً، وتعول إلى تسعة؛ لأن الزوج له النصف ثلاثة، وللأم لها الثلث سهمان، والأخت لها النصف ثلاثة، والجد له السدس سهم . ثم يجمع سهم الأخت والجد وهو أربعة فيقسم بينهما على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في تسعة تكون سبعة وعشرين، ثم من له شيء من أصل المسألة مضروب في المسألة: فللزوج ثلاثة مضروبة في ثلاثة بتسعة، وللأم اثنان في ثلاثة بستة، وللأخت والجد أربعة في ثلاثة باثني عشر بينهما أثلاثاً: للجد ثمانية، وللأخت أربعة.

وأما كونه لا يعول من مسائل الجد غيرها ، ولا يفرض لأخت مع الجد إلا فيها ؛ فلأن ذلك مذهب زيد، وقد قال النبي ﷺ: « أفرضكم زيد »[3].

قال: (وإن لم يكن فيها زوج فللأم الثلث ، وما بقي بين الجد والأخت على ثلاثة فتصح من تسعة، وتسمى: الخرقاء؛ لكثرة اختلاف الصحابة فيها).

أما كون المسألة المذكورة تصح من تسعة ؛ فلأن أصلها من ثلاثة؛ لأن فيها ثلثاً، وما بقي للأم الثلث سهم . يبقى سهمان بين الجد والأخت على ثلاثة، لأن

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٦٥) ١: ٥٠ كتاب الفرائض ، باب : قول عمر في الجد.
وأخرجه الدارمي في سننه (٢٩٢٦) ٢: ٢٤٤ كتاب الفرائض ، باب الأكدرية.
(٢) في أ: سهامها.
(٣) سبق تخريجه ص: ٣١٥.

المقاسمة هنا أحظ له واثنان على ثلاثة لا تصح فتضرب ثلاثة في ثلاثة تكون تسعة: للأم ثلاثة، وللجد أربعة، وللأخت اثنان.

وأما كونها تسمى الخرقاء؛ فلما ذكر المصنف؛ لأن الأقوال لما كثرت كأنها خرقتها.

فإن قيل: ما كثرة اختلاف الصحابة فيها ؟

قيل: سبعة أقوال: قول الصديق رضي الله عنه وموافقيه: للأم الثلث، والباقي للجد . وقول زيد وموافقيه وهو ما تقدم . وقول عليّ: للأخت النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس . وقول عمر وعبدالله: للأخت النصف، وللأم ثلث الباقي، وما بقي للجد . وقول ابن مسعود: للأخت النصف، والباقي بين الجد والأم نصفين فتصح من أربعة . وعن عثمان: المال بينهم أثلاثاً.

قال: (**وولد الأب كولد الأبوين[1] في مقاسمة الجد إذا انفردوا . فإن اجتمعوا عادّ ولد الأبوين الجد بولد الأب . ثم أخذوا منهم ما حصل لهم . إلا أن يكون ولد الأبوين أختاً واحدة فتأخذ تمام النصف وما فضل لهم. ولا يتفق هذا في مسألة فيها فرض غير السدس**).

أما كون ولد الأب كولد الأبوين في مقاسمة الجد إذا انفردوا ؛ فلأن حكم ميراثهم في غير هذا الموضع . فكذا في هذا.

وأما كون ولد الأبوين يعادّ الجد بولد الأب ؛ فلأن الجد لا يُسقط ولد الأب بدليل ميراثه معه إذا انفرد.

فإن قيل: ما معنى عادّ ؟

قيل: زاحم.

وأما كون ولد الأبوين يأخذون جميع ما حصل لولد الأب إذا لم يكن ولد الأبوين أختاً واحدة، وكون الأخت الواحدة من ولد الأبوين تأخذ تمام النصف ؛ فلأنهما أولى بذلك منه . بدليل ما لو اجتمعا ولا جدّ.

---

(١) في أ: الابن.

فعلى هذا ولد الأبوين إن كان ذكراً أو أختين أخذ جميع ما في يد ولد الأب؛ لأنه حقه. وإن كان أختاً واحدةً لم تأخذ إلا تمام النصف؛ لأن فرضها لا يزيد على نصفٍ، وما بقي فهو لولد الأب؛ لأنه إنما يؤخذ منه لكون ولد الأبوين أولى وقد زالت أولويته هنا؛ لاستكمال حقه.

وأما كون ما ذكر لا يتفق في مسألة فيها فرض غير السدس فبالسَّبْر.

قال: (فإذا كان جدٌ، وأختٌ من أبوين، وأختٌ من أب: فالمال بينهم على أربعة: للجد سهمان، ولكل أخت سهم، ثم رجعت الأخت من الأبوين فأخذت ما في يد أختها كله).

أما كون المال فيما ذكر بين الجد والأختين المذكورتين على أربعة؛ فلأن المقاسمة أحظ للجد فيجعل كأختين. يكون ذلك أربعة: للجد سهمان، ولكل أختٍ سهم.

وأما كون الأخت من الأبوين ترجع فتأخذ ما في يد أختها كله؛ فلما تقدم من أنها تستحق تمام النصف.

قال: (فإن كان معهم أخٌ من أب: فللجد الثلث، وللأخت النصف. يبقى للأخ وأخته السدس على ثلاثة. فتصح من ثمانية عشر).

أما كون الجد له الثلث؛ فلأنه أحظ له.

وأما كون الأخت لها النصف؛ فلأنها أخت لأبوين.

وأما كون ما يبقى للأخ وأخته؛ فلأنهما عصبة لكونهما لأب.

وأما كون ذلك السدس؛ فظاهر.

وأما كونه على ثلاثةٍ؛ فلأن الأخ باثنين والأخت بواحد.

وأما كون المسألة المذكورة تصح من ثمانية عشر؛ فلأن العدد المنكسر عليه ثلاثة. فإذا ضربتها في أصل المسألة وهي ستة تكون ثمانية عشر.

قال: (فإن كان معهم أمّ: فلها السدس، وللجد ثلث الباقي، وللأخت النصف، والباقي لهم. فتصح من أربعة وخمسين. وتسمى: مختصرة زيد).

أما كون الأم لها السدس؛ فلأن ذلك فرضها مع الإخوة.

وأما كون الجد له ثلث الباقي ؛ فلأنه أحظ له.

وأما كون الأخت لها النصف ؛ فلأنها لأبوين.

وأما كون الباقي للأخ وأخته ؛ فلأنهما[1] عصبته لكونهما لأب.

وأما كون المسألة تصح من أربعة وخمسين ؛ فلأن أصلها من ستة، لأن فيها سدساً ونصفاً: للأم سهم، وللأخت ثلاثة، وللجد ثلث الباقي . لا تصح فابسط ذلك أثلاثاً تكن ثمانية عشر: للأم السدس ثلاثة، وللجد ثلث الباقي خمسة، وللأخت تسعة . يبقى سهم على ثلاثة لا تصح فاضرب ثمانية عشر في ثلاثة يكون أربعة وخمسين: للأم ثلاثة في ثلاثة بتسعة، وللجد خمسة في ثلاثة بخمسة عشر، وللأخت تسعة في ثلاثة بسبعة وعشرين . يبقى ثلاثة: للأخ سهمان، وللأخت سهم.

وأما كونها تسمى مختصرة زيد؛ لكونه لو قاسم بالجد لانتقلت الستة إلى ستة وثلاثين: للأم ستة، وللجد عشرة، وللأخت ثمانية عشر . يبقى سهمان على ثلاثة لا تصح فتضرب ستة وثلاثين في ثلاثة يكون مائة وثمانية ترجع بالاختصار إلى أربعة وخمسين.

قال: (**فإن كان معهما أخٌ آخر صحت من تسعين، وتسمى تسعينية زيد**).

أما كون المسألة المذكورة تصح من تسعين ؛ فلأن السهم الباقي المذكور ينقسم حينئذٍ على خمسة . فتضرب ثمانية عشر في خمسة يكون تسعين: للأم ثلاثة في خمسة بخمسة عشر، وللجد خمسة في خمسة بخمسة وعشرين، وللأخت تسعة في خمسة بخمسة وأربعين . يبقى خمسة لكل أخٍ سهمان، وللأخت سهم.

وأما كونها تسمى تسعينية زيد ؛ فلأن زيداً صححها من تسعين.

---

(١) في أ: فلأنها.

فصل [في أحوال الأم]

قال المصنف رحمه الله: (وللأم أربعة أحوال: حال لها السدس . وهي : مع وجود الولد ، أو ولد الابن ، أو اثنين من الإخوة والأخوات . وحال لها الثلث . وهي : مع عدم هؤلاء . وحال لها ثلث ما بقي وهي في[1] زوج وأبوين وامرأة وأبوين . لها ثلث الباقي بعد فرض الزوجين).

أما كون الأم لها أربعة أحوال ؛ فلأنها تارة ترث السدس، وتارة الثلث، وتارة ثلث ما بقي، وتارة بالفرض، والتعصيب في رواية. وسيأتي[2] دليل ذلك كله في مواضعه.

وأما كون أحد أحوالها: حالاً لها السدس . وهي : مع وجود الولد ، أو ولد الابن ، أو اثنين من الإخوة والأخوات: أما مع وجود الولد ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولأبويه لكل واحدٍ منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء: ١١] .

وأما مع ولد الابن ؛ فلأنه ولد فيدخل فيما تقدم. وإنما لم يكن ولد البنت كذلك؛ لأن نسبته إلى أبيه لا إلى أمه، ومنه قول الشاعر:

بنونا بنو أبنائنا ، وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

وأما مع وجود اثنين من[3] الإخوة والأخوات ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فإن كان له إخوةٌ فلأمه السدس﴾ [النساء: ١١].

فإن قيل: الإخوة جمع . وأقله ثلاثة . فلم انحجبت عن الثلث إلى السدس باثنين ؟

---

(١) ساقط من أ.
(٢) في أ: سيأتي.
(٣) في أ: مع.

قيل: « لأن ابن عباس قال لعثمان: ليس الأخوان إخوة في لسان قومك . فلم تحجب الأم ؟ فقال: لا أستطيع أن أرد شيئاً كان قبلي ومضى في البلدان وتوارث به الناس »[1]. وفي هذا دليل على إجماع الصحابة على ذلك قبل حدوث المخالف.

ولأن كل حجب تعلق بعدد كان أوله اثنين ؛ كحجب البنات لبنات الابن ، والأخوات من الأبوين للأخوات من الأب.

ولأن الله تعالى قال: ﴿وإن كانوا إخوة رجالاً ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء:١٧٦]، وهذا ثابت في أخ وأخت . ومن أهل اللغة من يجعل الاثنين جمعا حقيقة، ومنهم من يستعمله مجازا فيصرف إليه بالدليل.

وأما كون أحد أحوالها: حالاً لها الثلث وهي مع عدم من تقدم ذكره ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فإن لم يكن له ولدٌ وورثه أبواه فلأمه الثلث﴾ [النساء:١١].

وأما كون أحد أحوالها: حالاً لها ثلث ما بقي . وهي : في زوج وأبوين وامرأة وأبوين ؛ فـ « لأن عمر رضي الله عنه قضى لها بثلث ما بقي بعد فرض الزوجين »[2]. وتابعه عثمان وابن مسعود وزيد بن ثابت.

فإن قيل: فرض الأم عند عدم الولد وولد الابن والاثنين من الإخوة والأخوات الثلث؛ لما تقدم. وليس في هذه المسألة واحد ممن ذكر، وقد احتج ابن عباس على ذلك؛ بعموم الآية.

قيل: الحجة معه لولا إجماع الصحابة على مخالفته.

ولأن الأم لو أخذت ثلث المال كله في مسألة الزوج لأخذت أكثر من الأب . وذلك لا يجوز.

ولأن الفريضة لو جمعت أبوين كان للأم ثلث الباقي ؛ كما لو كان معهم بنت.

فعلى هذا مسألة الزوج تصح من ستة: للزوج ثلاثة، وللأب سهمان، وللأم سهم. ومسألة المرأة تصح من أربعة: للمرأة سهم، وللأب سهمان، وللأم سهم.

---

(١) أخرجه الحاكم في مستدركه (٧٩٦٠) ٤: ٣٧٢ كتاب الفرائض .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٠٤٥،٣١٠٤٤) ٦: ٢٤٣ كتاب الفرائض، في امرأة وأبوين من كم هي؟

قال: (وحال رابعٌ: وهي: إذا لم يكن لولدها أبٌ؛ لكونه ولد زناً أو منفياً بلعان: فإنه ينقطع تعصيبه من جهة من نفاه. فلا يرثه هو ولا أحد من عصباته، وترث أمه وذوو الفروض منه فروضهم وعصبته عصبة أمه[1]. وعنه: أنها هي عصبته فإن لم تكن فعصبتها عصبته).

أما كون الأم لها حال رابع؛ فلأن لها حالاً تكون فيها عصبة لولدها في روايةٍ. وذلك في صورتين:

أحدهما: إذا كان ولدها من الزنا؛ لأنه لا ينتسب إلى الزاني. فيجب أن يكون الحكم في الميراث منه كحكم ولد الملاعنة؛ لاستوائهما في انقطاع نسبهما من الزاني والملاعن.

وثانيهما: إذا كان ولدها منفياً بلعان.

وأما كون المنفي بلعان ينقطع تعصيبه من جهة من نفاه؛ فلأن في حديث سهل بن سعد في المتلاعنين: « ففرّقَ رسولُ الله ﷺ بينهما، وقضَى أن لا يُدعَى ولدهَا لأب »[2] رواه أبو داود.

وفي حديث ابن عمر: « وألحق الولد بالمرأة »[3] متفق عليه.

وأما كون من نفاه لا يرث المنفي؛ فلأنه لما انقطع بينهما التعصيب أشبه الأجنبي.

وأما كونه لا يرثه أحدٌ من عصبات من نفاه؛ فلأنه إذا لم يرثه من نفاه فلأن لا يرثه عصباته وهم يدلون به بطريق الأولى.

وأما كون الأم وذوي الفروض يرثون قدر فروضهم؛ فلأن أصحاب الفروض يقدَّمُون على العصبة.

وأما كون عصبته عصبة أمه على روايةٍ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « ألحقوا

---

(١) في أ: وترثه أمه وذوو الفرض منهم وعصبته وعصبة أمه.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٥٦) ٢: ٢٧٧ أبواب الطلاق، باب في اللعان.

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٦٧) ٦: ٢٤٨٠ كتاب الفرائض، باب ميراث الملاعنة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٩٤) ٢: ١١٣٢ كتاب اللعان.

الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجلٍ ذكر »[1]، وعصبات أمه أولى رجل بالملاعن عليه.

وعن علي « أنه ألحق ولد الملاعنة بعصبة أمه »[2].

وأما كون أمه عصبته على روايةٍ فإن لم تكن فعصبتها عصبته؛ فلما عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي ﷺ جعلَ ميراثَ ابن الملاعنةِ لأمه ولورثتِهَا من بعدِهَا »[3] رواه أبو داود.

وروى واثلة بن الأسقع عن النبي ﷺ قال: « تَحُوزُ المرأةُ ثلاثةَ مواريث: عَتيقَهَا ولقِيطَهَا وولَدَهَا الذي لاعنتْ عليه »[4]. رواه أبو داود والترمذي. وقال: حديث حسن غريب.

وعن عبدالله بن عبيد[5] بن عمير قال: « كتبتُ إلى صديقٍ لي من أهلِ المدينةِ من بني زُريقٍ أسألُه عن ولدِ الملاعنة لمن قضَى به رسول الله ﷺ ؟ فكتبَ إليَّ سألتُ . فأُخبرتُ أنه قضى به لأمِّهِ . هي بمنزلةِ أبيهِ وأمّه »[6]. رواه أبو داود.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٣٢٠) ٦: ٢٧٦ كتاب الفرائض، في ابن الملاعنة إذا ماتت أمه من يرثه ومن عصبته.
وأخرجه الدارمي في سننه (٢٩٥٧) ٢: ٢٤٨ كتاب الفرائض، باب في ميراث ابن الملاعنة.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٠٨) ٣: ١٢٥ كتاب الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٠٦) ٣: ١٢٥ كتاب الفرائض، باب ميراث ابن الملاعنة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١١٥) ٤: ٤٢٩ كتاب الفرائض، باب ما جاء ما يرث النساء من الولاء.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٤٢) ٢:٩١٦ كتاب الفرائض، باب تحوز المرأة ثلاث مواريث.

(٥) في أ: عبيد الله.

(٦) أخرجه الدارمي في سننه (٢٩٥٥) ٢: ٢٤٧ كتاب الفرائض، باب في ميراث ابن الملاعنة.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٥٩ كتاب الفرائض، باب ميراث ولد الملاعنة.
وأخرجه أبو داود في المراسيل ٨ ص: ١٩١ باب ما جاء في الفرائض ، ولفظه : عن عبدالله بن عبيد عن رجل من أهل الشام : أن رسول الله ﷺ قال : ((ولد الملاعنه عصبته أمه)) .

قال: (فإذا خلّف أماً وخالاً : فلأمه الثلث وباقيه للخال، وعلى الرواية الأخرى: الكل للأم. وإن كان معهم أخ فله السدس والباقي له أو للأم على الرواية الثانية).

أما كون من خلّف أماً وخالاً لأمه الثلث وباقي المال للخال على الرواية الأولى ؛ فلأن فرض الأم والحالة هذه الثلث ، والباقي لعصبة الميت وهو الخال؛ لأنه أخو أمه.

وأما كون الكل للأم على الرواية الأخرى ؛ فلأنها صاحبة فرض وعصبته عليها. فتأخذ الثلث بالفرض والباقي بالتعصيب.

وأما كون الأخ له السدس إذا كان مع الأم والخال ؛ فلأن فرض الأخ من الأم السدس.

وأما كون الباقي للخال على الرواية الأولى وللأم على الرواية الثانية؛ فلما تقدم ذكره.

ولا بد أن يلحظ في الباقي أنه بعد ثلث الأم وسدس الأخ؛ لأنه لولا ذلك لما كان للأم شيء على الرواية الأولى ، وليس كذلك وفاقاً.

قال: (وإذا مات ابنُ ابن ملاعنة وخلّف أمه وجدته : فلأمه الثلث وباقيه للجدة على إحدى الروايتين، وهذه جدة ورثت مع أمٍّ أكثر منها).

أما كون الثلث للأم ؛ فلأنه فرضها في هذه المسألة.

وأما كون باقي المال للجدة على إحدى الروايتين ؛ فلأنها هي الملاعنة وهي عصبة الملاعن عليه على روايةٍ فيكون لها الباقي؛ لأنها عصبة أبيه وعصبة أبي الشخص عصبة له.

فإن قيل: على الرواية الأخرى ما الحكم ؟

قيل: يكون الباقي للأم؛ لأنه إذا قيل ليست الجدة عصبة له كان الباقي للأم بالرد؛ لأن الميت لا عصبة له، ولا صاحب فرضٍ غيرها.

وأما كون هذه جدة ورثت مع أمّ أكثر منها ؛ فلأنها ورثت الثلثين مع إرث الأم الثلث ، وذلك إرث جدةٍ مع أمٍّ ، وهو أكثر من نصيب الأم. وإنما ورثت

معها؛ لأن الجدة عصبةٌ على روايةٍ . وإنما ورثت أكثر منها؛ لأن العصبة له الباقي ، والباقي هنا أكثر، ويعايا بهذه المسألة؛ لأن الجدة ورثت مثلي[1] الأم.

(١) في أ: مثل.

فصل [في حكم ميراث الجدات]

(وللجدّات السدس . واحدةً كانت أو أكثر إذا تحاذين).

أما كون الجدة الواحدة لها السدس؛ فلما روى قبيصة بن ذُؤيب قال: « جاءتِ الجدةُ إلى أبي بكر تطلبُ ميراثها . فقال: ما لكِ في كتاب الله شيء وما علمتُ لكِ في سنةِ رسول الله ﷺ من شيء . ولكن ارجعي حتى أسألَ الناسَ . فقال المغيرة بن شعبة: حضرتُ رسول الله ﷺ أعطاها السدس. فقال: هل معكَ غيرك ؟ فشهد له محمد بن مسلمة . فأمضاهُ لها أبو بكر »[1].

وأما كون الجدات لهن ذلك وإن كثرن ؛ فلأن تكملة الحديث المذكور: « فلما كان عمرُ جاءت الجدة الأخرى . فقال: ما لكِ في كتابِ الله شيء وما كان القضاءُ الذي قضى به أبو بكر إلا في غيرك ، وما[2] أنا بزائدٍ في الفرائضِ شيئاً . ولكن تعودُ إلى السدس . فإن اجتمعتما[3] فهو لكما . وأيكما خَلَتْ به فهو لها »[4]. رواه أبو داود والترمذي. وقال: حديث حسن صحيح.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى: إذا تحاذين فشرط في كونهن لهن ذلك ؛ لأن بعضهن[5] إذا كان أقرب من بعض له حكم يأتي بيانه بعد[6] إن شاء الله تعالى.

---

(١) سيأتي تخريجه في الحديث الآتي.

(٢) في أ: وأما.

(٣) في أ: اجتمعا.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٩٤) ٣: ١٢١ كتاب الفرائض، باب في الجدة.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢١٠١) ٤: ٤٢٠ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجدة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٢٤) ٢: ٩٠٩ كتاب الفرائض، باب ميراث الجدة.

(٥) سقط لفظي: لأن بعضهن من أ.

(٦) زيادة من ج.

قال: (فإن كان بعضُهن أقرب من بعض: فالميراث لأقربهن. وعنه: أن القربى من جهة الأب لا تحجب البعدى من جهة الأم).

أما كون الميراث لأقرب الجدات من جهة الأم كانت الجدة أو من جهة الأب؛ فلأن الأقرب أبداً يحجب الأبعد. دليله: الآباء والأبناء.

وأما كون القربى من جهة الأب لا تحجب البعدى من جهة الأم على روايةٍ؛ فلأن الذي تدلي به الجدة[1] من جهة الأب لا يحجب الجدة من جهة الأم فلأن لا يحجبها هي وهي تدلي به أولى.

وبهذا فارقتها التي من جهة الأم فإنها تدلي بالأم وهي تحجب جميع الجدات.

قال: (ولا يرث أكثر من ثلاث جدات: أم الأم، وأم الأب، وأم الجد. ومن كان من أمهاتهن وإن علت درجتهن. فأما أم أبي الأم وأم أبي الجد فلا ميراث لهما).

أما كون الجدات لا يرث منهن أكثر من ثلاث وهن من ذكرن ومن كان من أمهاتهن؛ فـ « لأن النبي ﷺ ورّثَ ثلاثَ جداتٍ: ثنتين من قبلِ الأبِ، وواحدة من قبلِ الأم »[2]. أخرجه أبو عبيد والدارقطني.

وروى سعيد عن إبراهيم أنه قال: « كانوا يورّثون من الجدات ثلاثاً: ثنتين من قبل الأب: وواحدةٍ من قبل الأم »[3]. وفي ذلك دلالة على التحديد وعدم إرث الزائد على الثلاث.

وأما كون أم أبي الأم، وأم أبي الجد: لا ميراث لهما؛ فلأنهما من ذوي الأرحام. والمراد: نفي الإرث بكونهما جدتين لا بكونهما من ذوي الأرحام؛ لأن الكلام في ميراث الجدة المستحقة بنفسها لا بسبب غيرها.

(١) في أ: الجد.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٧٦) ٤: ٩١ كتاب الفرائض.
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٧٩) ١: ٥٤ كتاب الفرائض، باب الجدات.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٩٤) ١: ٥٧ كتاب الفرائض، باب الجدات.

قال: (والجدات المتحاذيات: أمُّ أمِّ أمٍّ ، وأمُّ أمِّ أب ، وأمُّ أبي أب . وترث الجدة وابنها حيٌّ . وعنه: لا ترث).

أما كون الجدات المتحاذيات من ذُكر؛ فلتساويهن في كون كل واحدةٍ ليس بينها وبين ولد ولدها غير واحدة ، ولا يتصور ذلك في أول جدةٍ؛ لأن من الثلاث أم الجد فلا تحاذيها إلا ثاني جدةٍ . وأقل ما يمكن ذلك مثْل الذي مثّل المصنف رحمه الله.

وأما كون الجدة ترث وابنها حيٌّ على المذهب؛ فلما روى ابن مسعود قال: « أولُ جدةٍ أطعمَهَا رسولُ الله ﷺ السدسَ : أم أبٍ معَ ابنها وابنُها حَي »[1]. رواه الترمذي.

وأما كونها لا ترث على روايةٍ؛ فلأنها تدلي بابنها . فلم ترث معه ؛ كالجد مع الأب ، وأم الأم مع الأم.

والأول أصح؛ للحديث.

ولأنها ترث ميراث الأم لا ميراث الأب . فلا تحجب به ؛ كأم الأم.

فإن قيل: لو كان ابنها عماً.

قيل: ترث معه قولاً واحداً؛ لأنها لا تدلي به البتّة.

قال: (وإن اجتمعت جدةٌ ذات قرابتين مع أخرى فلها ثلثا السدس في قياس قوله ، وللأخرى ثلثه).

أما كون الجدة ذات القرابتين لها ثلثا السدس ؛ فلأن الجدة شخص ذات قرابتين ترث بكل واحدةٍ[2] منهما منفردة . فوجب أن ترث بكل واحدة[3] منهما إذا اجتمعا ؛ كابن العم إذا كان أخاً لأم أو زوجاً.

فإن قيل: ما المراد من قول المصنف: في قياس قوله ؟

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٢١٠٢) ٤: ٤٢١ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الجدة مع ابنها.

(٢) [illegible]

(٣) مثل السابق.

قيل: يحتمل أنه أراد القياس على المجوس؛ لأنهم يرثون بجميع قراباتهم ، ويحتمل أنه أراد القياس على ابن العم المذكور. والضمير في قوله راجع إلى الإمام أحمد؛ لأنه يقول بالإرث بالجهتين في المسألتين.

فصل [في حكم ميراث البنات]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وللبنت الواحدة النصف . فإن كانت[1] اثنتين فصاعداً فلهن الثلثان).

أما كون البنت الواحدة لها النصف ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وإن كانت واحدةً فلها النصف﴾ [النساء:١١].

وأما كون الاثنتين فصاعداً[2] لهما الثلثان : فاختلف أهل العلم في علته . فقيل : هي قوله: ﴿فإن كُنَّ نِساءً فوقَ اثنتين فلهن ثُلُثا ما ترك﴾ [النساء:١١] . والتقدير: فإن كن نساءً اثنتين، وفوق صِلَة ؛ كقوله تعالى[3]: ﴿فاضربوا فوق الأعناق﴾ [الأنفال:١٢] أي: اضربوا الأعناق . ويؤيد هذا أن النبي ﷺ حين نزلت هذه الآية أرسل إلى أخي سعد بن الربيع فقال: « أعط ابنتي سعد الثلثين »[4] ؛ لأن قوله يقع مبيناً لكلام الله لا سيما إذا كان عقيبه . ويؤيده أيضاً أن سبب الآية قصة ابنتي سعد .

وقيل: السنة الثابتة .

وقيل: التنبيه؛ لأن الله تعالى جَعَل للأختين الثلثين بقوله: ﴿فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك﴾ [النساء:١٧٦] ؛ لأنه إذا جعل للأختين الثلثين فالبنتان أولى؛ لأنهما أقرب منهما .

وقيل: الإجماع .

وقيل: القياس .

وأما كون أكثر من ثنتين لهن الثلثان؛ فللآية المذكورة.

(١) في أ: كانا.
(٢) ساقط من أ.
(٣) زيادة من ج.
(٤) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

قال: (وبنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات. فإن كانت بنت وبنات ابن: فللبنت النصف، ولبنات الابن واحدةً كانت أو أكثر من ذلك السدس تكملة الثلثين . إلا أن يكون معهن ذكر فيعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين).

أما كون بنات الابن بمنزلة البنات إذا لم يكن بنات ؛ فلأن بنت الابن بنته كما أن ابن الابن ابنه ، وإذا كان كذلك دخلن في قوله: ﴿يوصيكم الله في أولادكم[1]... الآية﴾ [النساء:١١].

وإنما اشترط في كون بنات الابن بمنزلة البنات عدم البنات؛ لأن البنات الموجودات يأخذن الثلثين فلم يبق لبنات الابن من فرض البنات شيء . وكان ينبغي أن يقول: إذا لم يكن له بنتان؛ لأن بنات الابن لا يرثن مع البنتين شيئاً؛ لما ذكر.

وأما كون البنت لها النصف مع بنات الابن ؛ فلأنه فرض الواحدة؛ لما تقدم.

وأما كون بنات الابن واحدة كانت أو أكثر لهن السدس تكملة الثلثين إذا لم يكن معهن ذكر ؛ فلأن فرض البنات وإن كثرن الثلثان : أخذت البنت النصف؛ لأنه مفروض لها، والاسم متناولها حقيقةً فبقي البقية تمام الثلثين.

و « لأن النبي ﷺ أعطى بنت الابن مع البنت السدس »[2].

وأما كونهن إذا كان معهن ذكر يعصبهن فيما بقي للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ فلأن قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾ [النساء:١١] يشمل بنات الابن إذا كان معهن ذكر.

ولأنه في درجتهن فيعصبهن؛ كالابن مع أخواته.

قال: (وإن استكمل البنات الثلثين سقط بنات الابن . إلا أن يكون معهن أو أنزل منهن ذكرٌ فيعصبهن فيما بقي).

أما كون بنات الابن تسقط إذا استكملت البنات الثلثين ولم يكن معهن من تقدم ذكره ؛ فلأنهن يرثن ميراث البنات ولم يبق منه شيء.

---

(١) سقط لفظي: في أولادكم من أ.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٠٦٩) ٦: ٢٤٥ كتاب الفرائض ، في ابنة وأخت وابنت ابن.

[وأما كونهن إذا كان معهن ذكر يعصبهن فيما بقي ؛ فلما تقدم قبل][1].

وأما كونهن إذا كان معهن ذكر أنزل منهن يعصبهن فيما بقي ؛ فلأنه ابنٌ في الجملة . أشبه الابن الذي معهن.

(١) ساقط من أ.

فصل [في حكم ميراث الأخوات]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وفرض الأخوات من الأبوين مثل فرض البنات سواء . والأخوات من الأب معهن؛ كبنات الابن مع البنات سواء . إلا أنه لا يعصبهن إلا أخوهن).

أما كون فرض الأخوات من الأبوين مثلَ فرض البنات سواء : للواحدة النصف وللاثنتين فصاعداً الثلثان؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وله أختٌ فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولدٌ فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك﴾ [النساء: ١٧٦].

وأما كون الأخوات من الأب مع الأخوات من الأبوين؛ كبنات الابن مع البنات سواء غير ما استثنى؛ فلأنهن يرثن ميراث الأخوات ؛ كما يرث بنات الابن ميراث البنات.

فعلى هذا إذا كان له أختٌ لأبوين وأخواتٌ لأب أخذت التي لأبوين النصف؛ لأنه فرض الأخت الواحدة ، وللأخوات السدس تكملة الثلثين. فإن كان معهن أخ عصبهن؛ لأن قوله تعالى: ﴿وإن كانوا إخوةً رجالاً ونساءً فللذكر مثل حظِّ الأنثيين﴾ [النساء:١٧٦] يشملهم. وإن كان للميت أختان لأبوين فصاعداً سقط الأخوات لأبٍ؛ لأنه لم يبق من فرض الأخوات شيء . إلا أن يكون معهن أخ فيعصبهن ويرثن الباقي؛ لما تقدم من شمول الآية لذلك.

وأما كونهن لا يعصبهن غير أخيهن . بخلاف بنات الابن ؛ فلأن ابن الأخ ليس بأخ . بخلاف ابن الابن[1] فإنه ابن.

---

(١) في أ: ابن ابن الابن.

قال: (والأخوات مع البنات عصبةٌ يرثن ما فضل؛ كالإخوة. وليست لهن معهن فريضة مسماة).

أما كون الأخوات مع البنات عصبة ؛ فـ « لأن ابن مسعود قال في بنت وبنت ابن وأخت[1]: لأقضين فيها بقضاء رسول الله ﷺ: للبنت النصف ولبنت الابن السدس ، وما بقي فللأخت »[2]. رواه البخاري وغيره.

وأما كونهن يرثن ما فضل كالإخوة؛ فلأن هذا شأن العصبة.

وأما كونهن ليست لهن معهن فريضة مسماةٌ ؛ فلأن النبي ﷺ لم يفرض للأخت مع البنت شيئاً في الحديث المذكور . بل جعل لها ما بقي، وليس هذا شأن صاحب الفرض.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٥٥) ٦: ٢٤٧٧ كتاب الفرائض، باب ميراث ابنة ابن مع ابنة.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٨٩٠) ٣: ١٢٠ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الصلب.
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٠٩٣) ٤: ٤١٥ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث ابنة الابن مع ابنة الصلب.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٢١) ٢: ٩٠٩ كتاب الفرائض، باب فرائض الصلب.
قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

فصل في حكم ميراث ولد الأم

قال المصنف رحمه الله: (**وللواحد من ولد الأم السدس، ذكراً كان أو أنثى. فإن كانا اثنين فصاعداً فلهم الثلث بينهم بالسوية**).

أما كون الواحد من ولد الأم له السدس؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وإن كان رجلٌ يورث كلالةً أو امرأةً وله أخٌ أو أختٌ فلكل واحدٍ منهما السدس﴾ [النساء: ١٢].

وأما كونه له ذلك ذكراً كان أو أنثى؛ فلأن الله تعالى سوى بينهما في قوله: ﴿وله أخٌ أو أختٌ فلكل واحدٍ منهما السدس﴾ [النساء: ١٢].

وأما كون الاثنين فصاعداً منهم لهم الثلث بالسوية ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾ [النساء: ١٢]، والشركة تقتضي التسوية . بدليل ما لو وصى لهم أو وهب لهم شيئاً.

فصل في الحجب

قال المصنف رحمه الله تعالى: (يسقط الجد بالأب، وكل جد بمن هو أقرب منه، والجدات بالأم، وولد الابن بالابن، وولد الأبوين بثلاثة: بالابن، وابنه، والأب).

أما كون الجد يسقط بالأب؛ فلأنه يدلي به.

وأما كون كل جدٍ يسقط بمن هو أقرب منه؛ فلأن القريب بالنسبة إلى البعيد أب.

وأما كون الجدات تسقط بالأم ؛ فلأنهن يرثن ميراثها. ولا فرق بين الجدة التي من قبل الأم وبين الجدة التي من قبل الأب؛ لما ذكر.

أما الجدة التي من قبل الأم فظاهر؛ لأنها تدلي بالأم فأسقطتها.

وأما التي من قبل الأب؛ فلأنها[1] لو ورثت بالأب لما ورثت معه؛ لأن الشخص يسقط بمن يدلي به.

وأما كون ولد الابن يسقط بالابن؛ فلأن الابن ولد حقيقة. بخلاف ولد الابن.

ولأن ولد الابن يُدلي بالابن.

وأما كون ولد الأبوين يسقط بالابن وابنه؛ فلأن الله تعالى شرط في ميراثهم عدم الابن؛ لأنه قال: ﴿إن امرؤٌ هلك ليس له ولدٌ وله أختٌ فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد... الآية﴾ [النساء:١٧٦].

فإن قيل: الولد يشمل الذكر والأنثى . فلم خصصتُمُ الحجب بالذكر ؟

قيل: لأن ما تقدم دل على أن الأخوات مع البنات عصبة . فيخرج من الآية ذلك . عملاً بالدليل . فيبقى فيما عداه على مقتضاه.

---

(١) في أ: فلأنهما.

وأما كونه يسقط بالأب؛ فلأن الله تعالى شرط في ميراث ولد الأبوين كون الميت كلالة؛ لأنه قال: ﴿يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة إن امرؤٌ هلك... الآية﴾ [النساء:١٧٦] . والكلالة: من لا ولد له ولا والد.

فإن قيل: مقتضى ذلك أن تحجبه الأم أيضاً.

قيل: نعم . إلا أنه دل الدليل على ميراثه معها فيبقى فيما عداه على مقتضاه.

قال: (ويَسقط ولد الأب بهؤلاء الثلاثة، وبالأخ من الأبوين).

أما كون ولد الأب يَسقط بالثلاثة المذكورة؛ فلأنها تُسقط ولد الأبوين فولد الأب بطريق الأولى.

وأما كونه يَسقط بولد الأبوين؛ فلأن علياً رضي الله عنه روى « أن رسول الله ﷺ قضَى بالدينِ قبلَ الوصيةِ ، وأن أعيانَ بني الأم يتوارثونَ دونَ بني العلاتِ الرجلُ يرثُ أخاهُ لأبيهِ وأمهِ دونَ أخيهِ لأبيه »[١]. رواه الترمذي.

ولأن ولد الأبوين أولى؛ لقوة قرابته بالأم.

قال: (ويَسقط ولد الأم بأربعة: بالولد ذكراً كان أو نثى، وولد الابن، والأب، والجد).

أما كون ولد الأم يسقط بالأربعة المذكورة؛ فلأن الله تعالى شرط في ميراثه كون الميت كلالة؛ لأنه قال: ﴿وإن كان رجلٌ يورَثُ كلالةً أو امرأةٌ وله أخٌ أو أختٌ... الآية﴾ [النساء:١٢]. والكلالة: من لا ولد له ولا والد.

وأما كونه يسقط بالولد ذكراً كان أو نثى؛ فلأن اللفظ عامٌ ، ولم يقم دليلٌ على تخصيص الذكر . فيجب العمل بالعامّ السالم عن المخصص له[٢].

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٠٩٤) ٤: ٤١٦ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الإخوة من الأب والأم.

(٢) ساقط من أ.

باب العصبات

قد تقدم معنى العصبة[١]. وهم على ضربين:

أحدهما: عصبةٌ بنفسه . وهو: كل ذكرٍ يرث بنفسه، أو بذكرٍ ليس بينه وبين الميت أنثى؛ كالابن والأب والجد ونحوهم.

وثانيهما: عصبةٌ لغيره ؛ كالبنت مع أخيها، والأخت مع أخيها.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وهم عشرة : الابن ، وابنه ، والأب ، وأبوه ، والأخ ، وابنه إلا من الأم ، والعم ، وابنه كذلك ، ومولى النعمة ، ومولاة النعمة).

أما قول المصنف رحمه الله تعالى: وهم عشرة؛ فبيان لعدد من يرث بالتعصيب. وقد تقدم دليل إرثهم[٢]. وإنما استثنى[٣] الأخ من الأم وابن الأخ من الأم ؛ لأنهما ليسا عصبة.

ولأن الأخ من الأم صاحب فرض وابن الأخ من الأم من ذوي الأرحام.

وأما قوله: كذلك في قوله: والعم وابنه كذلك فمعناه: أن العم من الأم وابن العم من الأم ليسا عصبةً؛ لأنهما من ذوي الأرحام.

قال: (وأحقهم بالميراث أقربهم ويسقط بهم[٤] من بَعُد).

أما كون أحق العصبة بالميراث أقربهم ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « ما أبقت الفروض فهو لأولى رجلٍ ذكر »[٥].

---

(١) ص: ٣٠٩.

(٢) وهو قوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها . فما بقي فلأولى رجل ذكر » . وقد سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

(٣) في أ: وأما استثناء.

(٤) في ج: به.

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٣٧ كتاب الفرائض، باب ترتيب العصبة .

وأما كون أقربهم يُسقط من بَعُدَ ؛ فلأن الأقرب إذا استحق الميراث لم يبق للأبعد شيء، ولا معنى للسقوط إلا ذلك.

قال: (**وأقربهم الابن ثم ابنه وإن نزل، ثم الأب ثم الجد وإن علا، ثم الأخ من الأبوين، ثم من الأب، ثم ابن الأخ من الأبوين، ثم من الأب، ثم أبناؤهم وإن نزلوا، ثم الأعمام، ثم أبناؤهم كذلك، ثم أعمام الأب، ثم أبناؤهم، ثم أعمام الجد، ثم أبناؤهم كذلك أبداً**[1] **، لا يرث بنو أب أعلى مع بني أب**[2] **أقرب منه وإن نزلت درجتهم . وأولى ولد كل أب أقربهم إليه. وإن استووا فأولاهم من كان لأبوين**).

أما كون أقرب العصبات الابن ؛ فلأنه أقرب من ابنه، لأنه لا واسطة بينه وبين أبيه . بخلاف ابن الابن.

ولأن ابن ابنه يُدلي به.

ولأنه ولدٌ حقيقة . بخلاف ابن ابنه .

وأولى من أبيه؛ لأن الله تعالى بدأ به في قوله: ﴿يوصيكم الله في أولادكم... الآية﴾ [النساء:١١] . ولم يجعله عصبة معه في قوله: ﴿ولأبويه لكل واحدٍ منهما السدس مما ترك إن كان له ولد﴾ [النساء:١١].

وأولى من الأخ ومن بعده؛ لقربه وبُعْدِهم.

ولأنه أولى من الأب؛ لما تقدم. والأب أولى ممن ذكر؛ لأنهم[3] يُدلون به.

وأما كون ابن الابن كالابن ؛ فلأنه ابنٌ، ولذلك يدخل في قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم﴾[النساء:١١].

وأما كون الأب أقرب من الجد؛ فلما تقدم في الابن مع ابنه.

وأما كون الجد وإن علا أولى من الإخوة في الجملة ؛ فلأن له إيلاداً وتعصيباً . أشبه الأب.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) مثل السابق.

(٣) في أ: لأنه.

فإن قيل: في كلام المصنف رحمه الله تعالى إشعارٌ بتقديم الجد على الإخوة مطلقاً ؟

قيل: ليس مراده ذلك بل التقديم في الجملة كما ذكرت. وبيان تقديمه في الجملة: أن المسألة إذا استكملتها الفروض سقط الأخ دون الجد . وإنما أط المصنف القول هنا اكتفاءً بتفصيل حكم الجد مع الإخوة فيما تقدم[١].

وأما كون الأخ من الأبوين أولى من الأخ من الأب؛ فلما تقدم من حديث علي[٢].

ولأنه ساواه في قرابة الأب، وترجّح بقرابة الأم.

وأما كون الإخوة أولى من أبنائهم ؛ فلأنهم يُدلون بهم.

وأما كون ابن الأخ من الأبوين أولى من ابن الأخ من الأب؛ فلأنه ترجّح بقرابة الأم . أشبه الأخ من الأبوين مع الأخ من الأب.

وأما كون بني الإخوة أولى من أبنائهم؛ فلأنهم يُدلون بهم.

وأما كون ابن الأخ من الأبوين ، أو ابن الأخ من الأب وإن نزل أولى من الأعمام؛ فلأن ابن الأخ من ولد الأب ، والعم من ولد الجد.

وأما كون الأعمام أولى من أبنائهم؛ فلأنهم يدلون بهم.

وقول المصنف رحمه الله تعالى: ثم أبناؤهم[٣] كذلك معناه: أن ابن العم لأبوين أولى من ابن العم لأب؛ لما ذكر في الإخوة.

وأما كون الأعمام من الأبوين أولى من الأعمام من الأب؛ فلترجح الأعمام من الأبوين بقرابة الأم.

وأما كون ابن العم من الأبوين أولى من ابن العم[٤] من الأب؛ فلأنه يُدلي بمن هو أولى منه.

وأما كون أعمام الأب أولى من أبنائهم؛ فلأنهم يُدلون بهم.

---

(١) في أ: فيما يأتي. و ر ص: ٣١٥.

(٢) سبق ذكره ص: ٣٣٨.

(٣) في أ: وأبناءهم.

(٤) في أ: من العم.

وأما كون أعمام الأب أولى من أعمام الجد؛ فلما ذكر في كون الإخوة أولى من الأعمام.

وأما كون أعمام الجد أولى من أبنائهم؛ فلأنهم يُدلون بهم.

وأما كون ولد كل أبٍ أولاهم أقربهم إليه؛ فلأنه أقرب من غيره ، وذلك دليل الأولوية. دليله: الابن مع ابنه.

قال: (وإذا انقرض العصبة من النسب[1] ورث المولى المعتق، ثم عصباته من بعده).

أما كون المعتِق يرث؛ فلما تقدم من قوله ﷺ: « إنما الولاء لمن أعتق »[2] وقوله: « الولاء لحمة كلحمة النسب »[3].

وأما كونه يرث إذا انقرض العصبة من النسب؛ فلأن الولاء مشبه به.

ولأنه يروى أن النبي ﷺ قال: « الميراثُ للعصبةِ . فإن لم يكن عصبةً فللمولى ».

ويروى « أن رجلاً أعتق عبداً . فقال للنبي ﷺ: ما ترى في ماله ؟ قال: إذا لم يدع وارثاً فهو لك »[4].

وأما كون عصبات المعتِق يرثون المعتَق بعده ؛ فلأنهم يُدلون به.

---

(١) في أ: النسبة.

(٢) سيأتي تخريجه ص: ٤٣٩.

(٣) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٤٠ كتاب الفرائض، باب الميراث بالولاء.

قال: (وأربعة من الذكور يعصّبون أخواهم فيمنعوهنّ الفرض، ويقتسمون[1] ما ورثوا للذكر مثل حظ الأنثيين . وهم: الابن وابنه، والأخ من الأبوين، والأخ من الأب . ومن عداهم من العصبات ينفرد الذكور بالميراث دون الإناث. وهم بنو[2] الإخوة والأعمام وبنوهم).

أما كون أربعة من الذكور يعصبون أخواتهم ، ويمنعونهن[3] الفرض ، ويقتسمون ما ورثوا للذكر مثل حظ الأنثيين؛ فلما تقدم[4] ذكره في مواضعه.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى: وهم الابن وابنه والأخ من الأبوين والأخ من الأب؛ فبيان لهم.

وأما كون الابن من الأربعة المذكورة ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء:١١] . جعل الإرث عند اجتماع الذكور والإناث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين من غير فرضٍ للأنثى. ولو كانت وحدها لفرضَ لها لقوله: ﴿وإن كانت واحدة فلها النصف﴾ [النساء:١١].

وأما كون ابن الابن منهم ؛ فلأنه ابنٌ . أشبه أباه.

وأما كون الأخِ من الأبوين والأخ من الأب منهم؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وإن كانوا إخوةً رجالاً ونساءً فللذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء:١٧٦]. ولو كانت الأخت وحدها لفُرِضَ لها؛ لقوله تعالى: ﴿وله أختٌ فلها نصف ما ترك﴾ [النساء: ١٧٦].

وأما كون من عدا الأربعة المذكورين من العصبات ينفرد الذكور بالميراث دون الإناث؛ فلأن أخواتهم من ذوي الأرحام . بخلاف من تقدم.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى: وهم بنو الأخ والأعمام وبنوهم؛ فبيان لمن ينفرد من الذكور بالميراث دون الإناث.

---

(١) في أ: ويقتسموا.

(٢) في أ: بني.

(٣) في أ: يمنعونهن.

(٤) في أ: يأتي.

قال: (وابن ابن الابن يعصبُ من بإزائه من أخواته وبنات عمه ويعصب من أعلى منه من عماته وبنات عم أبيه إذا لم يكن لهن فرض، ولا يعصبُ من أنزل منه . وكلما نزلت درجته زاد في تعصيبه قَبِيل آخر).

أما كون ابن ابن الابن يعصب من بإزائه ممن[1] ذكر ؛ فلأن ابن ابن الابن يسمى ولداً فيكون داخلاً في قوله: ﴿للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ [النساء: ١١].

وأما كونه يعصب من أعلى منه ممن ذكر؛ فلما ذكر.

ولأنه إذا عصب الأنزل فلأن يعصب الأعلى بطريق الأولى.

وإنما اشترط في تعصيب الأنزل الأعلى عدم الفرض؛ لأنه إذا عصب فلا يخلو: إما أن يقاسمه أو لا، والأول باطلٌ؛ لما فيه من مشاركة الأبعد الأقرب صاحب الفرض. والثاني مثله؛ لأنه ورث فكيف لا يرث معه ؟.

وأما كونه لا يعصب من أنزل منه ؛ فلأنه لو عصبه لاقتضى مشاركته، والأبعد لا يشارك الأقرب.

وأما كونه كلما نزلت درجته زاد في تعصيبه قبيل آخر؛ فلأنه يعصب من بإزائه فيزدادُ القبيلَ الذي بإزائه.

قال: (ومتى كان بعض بني الأعمام زوجاً أو أخاً لأم أخذ فرضه وشارك الباقين في تعصيبهم).

أما كون من ذكر يأخذ فرضه ؛ فلأن الفرض مقدمٌ على التعصيب.

وأما كونه يشارك الباقين في تعصيبهم؛ فلأنه ساواهم فيه.

قال: (وإذا اجتمع ذو فرض وعصبة بُدئ بالفرض فأخذ فرضه وما بقي للعصبة).

أما كون ذي الفرض يبدأ به فيما ذكر فيأخذ فرضه ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « ألحقوا الفرائض بأهلها »[2].

---

(١) في أ: من.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

وأما كون ما بقي للعصبة ؛ فلأن تكملة الحديث المتقدم: « فما بقي فهو لأولى رجلٍ ذكر »[1]. متفق عليه.

قال: (فإن استغرقت الفروضُ المالَ فلا شيء للعصبة؛ كزوج ، وأم ، وإخوة لأم ، وإخوة لأبوين أو لأب: للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة من الأم الثلث . وسقط سائرهم. وتسمى المشرّكة والحمارية إذا كان فيها[2] إخوة لأبوين).

أما كون العصبة لا شيء لهم إذا استوعبت الفروض المال ؛ فلأن العصبة مع ذي الفرض يرثُ الفاضلَ ، ولا فاضلَ هنا.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى: كزوجٍ وأم وإخوة لأم[3] وإخوة لأبوين أو لأب؛ فتمثيل لصورةٍ تستغرق الفروض المال، ولا شيء فيها للعصبة . ولذلك قال: للزوج النصف، وللأم السدس، وللإخوة للأم الثلث وسقط سائرهم أي الإخوة لأبوين أو لأب.

فإن قيل: كيف[4] سقط الإخوة من الأبوين مع الإخوة من[5] الأم والكل سواء في الأخوّة لأم؟

قيل: لأن الإخوة من الأبوين عصبة مع غير إخوةٍ لأمٍ فكذا معهم.

ولأن الله تعالى جعل لولدي الأم فما فوق الثلث فلم يجز لأحدٍ أن يشارك معهم غيرهم؛ لأنه يلزم مخالفة ظاهر القرآن ومخالفة قوله ﷺ: « ألحقوا الفرائض بأهلها »[6].

وأما كون المسألة المذكورة تسمى المشرّكة والحمارية إذا كان فيها إخوة

---

(١) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.
(٢) في أ: فيهما.
(٣) سقط لفظي: وإخوة لأم من أ.
(٤) ساقط من أ.
(٥) في أ: مع.
(٦) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

لأبوين؛ فـ « لأن عمر رضي الله عنه أسقطَ ولدَ الأبوينِ فقالَ بعضهم : يا أمير المؤمنين! هَبْ أن أبانَا كانَ حماراً . أليست أُمّنا واحدة ؟ فشرّك بينهم »[1].

وإنما اشترط المصنف أن يكون فيها إخوة لأبوين؛ لأن الإخوة لأب يسقط بالإجماع ولا يشاركون الإخوة لأم؛ لأن كل قبيلٍ لا يشارك غيره في نصيبه المفروض له . بخلاف الإخوة للأبوين مع الإخوة لأم.

ولأنهم تساووا في قرابة الأم .

وإنما شرّك بينهم عمر وغيره من أهل العلم؛ لما ذكر قبل. وهذه التسمية تقع على مسألة فيها زوج وأم أو جدة واثنان فصاعداً من ولد الأم وعصبة من ولد الأبوين.

فإن قيل: فما الجواب عن تشريك عمر[2].

قال: (ولو كان مكانهم أخوات لأبوين أو لأب عالت إلى عشرة . وسميت ذات الفروخ).

أما كون المسألة المذكورة تعول إلى عشرة؛ فلأن فيها نصفاً وثلثاً وسدساً.

فإن قيل: ما أصلها ، ومن كم تصح ؟

قيل: أما أصلها فمن ستة؛ لأن فيها سدساً ولا ربع معه ولا ثمن.

وأما صحتها فمن عشر إذا كان كل قبيلٍ من الإخوة والأخوات[3] اثنين: للزوج ثلاثة، وللأم سهم[4]، ولكل واحدةٍ من الأخوات لأم سهم، ولكل واحدةٍ من الأخوات لأبوين أو لأبٍ سهمان.

وأما كونها تسمى ذات الفروخ؛ فلأنها عالت بثلثيها . شبّه كثرة عولها بمن لها أفراخ كثيرة. والله أعلم.

---

(١) لم أقف عليه هكذا . وقد أخرج البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٥٦ كتاب الفرائض، باب المشركة. عن زيد بن ثابت في المشركة قال: « هبوا أباهم كان حماراً ما زادهم الأب إلا قرباً . وأشرك بينهم في الثلث ».

(٢) بياض في الأصول أكثر من نصف سطر.

(٣) ساقط من أ.

(٤) في أ: سهمان.

باب أصول المسائل

قال المصنف رحمه الله تعالى: (الفروض ستة . وهي نوعان: نصف، وربع، وثمن، وثلثان، وثلث، وسدس).

أما كون الفروض ستة؛ فلأن الفروض المحدودة في كتاب الله ستة: النصف ، والربع ، والثمن ، والثلثان ، والثلث ، والسدس.

وأما كونها نوعين؛ فلأن النصفَ ونصفَه ونصفَ نصفِه نوع ، والثلثين ونصفهما ونصف نصفهما نوع . ولذلك قال المصنف: نصف ... إلى آخره.

قال: (وهي تَخرج من سبعة أصول : أربعة لا تعول ، وثلاثة تعول . فالتي لا تعول هي : ما كان فيها فرض واحد أو فرضان من نوع واحد : فالنصف وحده من اثنين ، والثلث وحده، أو مع الثلثين من ثلاثة ، والربع وحده، أو مع النصف من أربعة ، والثمن وحده، أو مع النصف من ثمانية . فهذه التي[1] لا تعول).

أما كون الفروض الستة تخرج من سبعة أصول؛ فلأن النصف من اثنين، والربع من أربعة، والثمن من ثمانية، والثلثين والثلث من ثلاثة، والسدس من ستة، والربع مع السدس أو الثلث أو الثلثين من اثني عشر، والثمن مع السدس أو الثلثين من أربعةٍ وعشرين.

وأما كون أربعةٍ منها لا تعول وثلاثة تعول فبالسَّبْر.

وأما كون التي لا تعول هي : ما كان فيها فرض واحد أو فرضان من نوع واحدٍ[2]؛ فلما يأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

---

(١) ساقط من أ.

(٢) مثل السابق.

قيل: مثال الفرض الواحد بنت، وأخت لأبوين، أو لأب: للبنت النصف، والباقي للأخت.

ومثال الفرضين من نوعٍ واحدٍ[1]: بنت وزوجة وأخت كما تقدم: للبنت النصف، وللزوجة الثمن، والباقي للأخت.

واحترز بقوله: من نوع واحدٍ عن أن يكون الفرضان من نوعين . فإن ذلك قد يعول. وسيأتي بيان ذلك إن شاء الله تعالى.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى: فالنصف وحده من اثنين ، والثلث وحده ، أو مع الثلثين من ثلاثة ، والربع وحده ، أو مع النصف من أربعة ، والثمن وحده ، أو مع النصف من ثمانية . فهذه التي لا تعول؛ فبيان لأصول المسائل التي لا تعول.

قال: (**وأما التي تعول فهي : التي يجتمع فيها فروض أو فرضان من نوعين**).

أما كون التي تعول هي: التي يجتمع فيها فروض أو فرضان من نوعين؛ فلما يأتي بيانه.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: مثال الفروض : زوج ، وأخت لأب ، وأخت لأم . أصلها من ستة؛ لأن فيها سدساً ونصفاً ونصفاً، وتعول إلى سبعة.

ومثال الفرضين من نوعين: أم ، وأخت لأب ، وزوج . أصلها من ستة؛ لأن فيها نصفاً وثلثاً، وتعول إلى ثمانية.

قال: (**فإذا اجتمع مع النصف سدس، أو ثلث، أو ثلثان فهي من ستة، وتعول إلى عشرة. ولا تعول إلى أكثر من ذلك**).

أما كون النصف إذا اجتمع مع[2] ما ذكر مسألته من ستة ؛ فلأن فيها نصفاً مع سدس وثلثاً مع ثلثين.

وأما كونها تعول إلى عشرة؛ فلما تقدم في المسألة المسماة بذات الفروخ[3].

---

(١) ساقط من أ.

(٢) في أ: معها.

(٣) ص: ٣٤٦.

ولا بد أن يلحظ في ذلك أنها تعول إلى سبعة، وإلى ثمانية، وإلى تسعة، وإلى عشرة.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: مثال عولها إلى سبعة وإلى ثمانية تقدم في مثال الفروض والفرضين من نوعين.

ومثال عولها إلى تسعة: أختان لأبٍ وزوجٍ وأمٍ وجدٍ[1].

ومثال عولها إلى عشرة: المسألة المتقدم ذكرها المسماة بذات الفروخ.

وأما كونها لا تعول إلى أكثر من ذلك ؛ فلأنه لا يجتمع في مسألة أكثر من نصف ونصف وثلثين.

قال: (وإن اجتمع مع الربع أحد الثلاثة فهي من اثني عشر، وتعول على الأفراد إلى سبعة عشر، ولا تعول إلى أكثر من ذلك).

أما كون ما اجتمع مع الربع من الثلاثة. والمراد بها السدس والثلث والثلثان مسألته من اثني عشر ؛ فلأن فيها ربعاً وسدساً.

وأما كونها تعول على الأفراد إلى سبعة عشر ؛ فلأن الربع تارةً يكون معه سدسٌ؛ كزوجةٍ وأمٍ وأختٍ لأمٍ[2] وأختٍ لأبٍ فتعول إلى ثلاثة عشر ، وتارة يكون معه الثلث ؛ كما لو كان في المسألة المذكورة أختان لأمٍ فتعول إلى خمسة عشر ، وتارة يكون معه الثلثان؛ كما لو كان في المسألة الأخيرة أختان لأبٍ فتعول إلى سبعة عشر.

وأما كونها لا تعول إلى أكثر من ذلك فالسبّر.

(١) في ج: وأخٍ لأم.
(٢) سقط لفظي: وأخت لأم من أ.

قال: (وإن اجتمع مع الثمن سدس أو ثلثان فأصلها من أربعة وعشرين. وتعول إلى سبعة وعشرين، ولا تعول إلى أكثر من ذلك. وتسمى البخيلة؛ لقلة عولها ، والمنبرية؛ « لأن علياً سئل عنها على المنبر فقال: صار ثمنها تسعاً »[1]).

أما كون ما اجتمع فيه مع الثمن سدس أو ثلثان مسألته من أربعة وعشرين ؛ فلأن أقل عدد له ثمن وسدس أو ثلثان صحيحان ذلك.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: مثال الثمن والسدس : زوجة وأم وبنت وعم.

ومثال الثمن والثلثان: زوجة وبنات وعم.

وأما كونها تعول إلى سبعة وعشرين ؛ فلأنها إذا جعل بدل البنت في الأولى أخوات لأب وبدل العم أخت لأم، وفي الثانية كذلك مع زيادة أخت أخرى لأم: عالت إلى ذلك.

وأما كونها تسمى البخيلة والمنبرية؛ فلما ذكره المصنف رحمه الله تعالى. وإنما قال علي ذلك؛ لأن الزوجة كانت تستحق الثمن وهو من أربعة وعشرين: ثلاثة صارت تستحق ذلك من سبعة وعشرين، والثلاثة تسعها.

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٥٣ كتاب الفرائض، باب العول في الفرائض.

فصل في الرد

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وإذا لم تستوعب الفروض المال ولم يكن عصبة رُدَّ الفاضل على ذوي الفروض بقدر فروضهم إلا الزوج والزوجة).

أما كون الفاضل فيما ذكر يُردّ على ذوي الفروض غير الزوج والزوجة ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال:٧٥]، وقال رسول الله ﷺ: « من ترك مالاً فللوارث »[١]. متفق عليه.

ولأنه يروى عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس.

وأما كون الرد بقدر فروضهم ؛ فلأن غرماء المفلس يقتسمون ماله بقدر ديونهم . فكذا الوارث.

وعن الإمام أحمد: لا يرد على ولد الأم مع الأم ، ولا على جدةٍ مع ذي سهم؛ لأنه يروى عن ابن مسعود.

والأول ظاهر المذهب وأصح؛ لما ذكر.

ولأنهم تساووا في السهام . فوجب أن يتساووا فيما يقرع عليها.

ولأن الفريضة لو عالت لدخل النقص على الجميع فالرد يجب أن يعمهم أيضاً.

وأما كون الزوج والزوجة لا يرد عليهما ؛ فلأن دليل الرد قوله تعالى: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال:٧٥]، والزوج والزوجة لا يدخلان في ذلك.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٠٥٦) ٥: ٢٠٥٤ كتاب النفقات، باب قول النبي ﷺ: « من ترك كلاً أو ضياعاً فإلي ».
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٩) ٣: ١٢٣٧ كتاب الفرائض، باب من ترك مالاً فلورثته.

قال: (فإن كان المردود عليه واحداً أخذ المال كلّه، وإن كان فريقاً من جنس واحد كبنات أو أخوات[1] اقتسموه كالعصبة. وإن اختلفت أجناسهم فخذ عدد سهامهم من أصل ستة واجعله أصل مسألتهم).

أما كون المردود عليه يأخذ المال كله إذا كان واحداً ؛ فلأنه لا مزاحم له.

وأما كونهم يقتسمونه كالعصبة إذا كانوا فريقاً من جنس كما مثل المصنف رحمه الله تعالى؛ فلأنهم استووا فيه فاقتسموه؛ كالعصبة.

وأما كون عامل المسألة يأخذ عدد سهامهم من أصل ستةٍ ويجعله[2] أصل مسألتهم إذا اختلفت أجناسهم ؛ فلأن مسائل الرد إذا لم يكن فيها زوج أو زوجة لا تكون إلا من ستة؛ لأن الاثني عشر شرطها: أن يكون فيها ربع ولا يفرض ذلك لغير زوجٍ أو زوجةٍ، والأربعة والعشرين شرطها: أن يكون فيها ثمن ولا يفرض ذلك لغير زوجة.

قال: (فإن كانا سدسين كجدة وأخ من أم فهي من اثنين. وإن كان مكان الجدة أم فهي من ثلاثة. وإن كان مكانها أخت لأبوين فهي من أربعة. وإن كان معها أخت لأب فهي من خمسة. ولا تزيد على هذا أبداً ؛ لأنها لو زادت سدساً آخر لكمل المال).

أما كون مسألة الرد من اثنين إذا كان فيها سدسان كما مثل المصنف رحمه الله تعالى؛ فلأن كل واحدٍ منهما يدلي بمثل ما يدلي به الآخر . أشبه ما لو أدلى كل واحدٍ بنصف.

وأما كونها من ثلاثة إذا كان مكان الجدة[3] أم ؛ فلأن الأم تدلي بمثل الأخ . أشبه الإخوة لأم مع الأخوات لأب.

وأما كونها من أربعةٍ إذا كان مكان[4] الأم أخت لأبوين ؛ فلأن الأخت لأبوين تدلي بثلاثة أمثال الأخ . أشبه ثلاثة بنين مع الزوج[1].

---

(١) في أ: وأخوات.

(٢) في أ زيادة : من.

(٣) في أ: الجد.

(٤) ساقط من أ.

وأما كونها من خمسة إذا كان معها أخت لأب ؛ فلأن للأخت لأبوين[2] ثلاثة أسداس، وللأخت لأب السدس، وللأخ السدس.

وأما كونها لا تزيد على خمسة؛ فلما ذكر المصنف من أنها لو زادت سدساً آخر لكمل المال.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: ما لو كان في المسألة المذكورة أم؛ لأنها حينئذٍ لا تكون مسألة رد؛ لأن الرد هو أن يفضل عن ذوي الفروض شيء ولا فضل هنا؛ لأن الأخ لأم له السدس سهم، والأخت لأبوين[3] لها النصف ثلاثة، والأخت لأب لها السدس تكملة الثلثين سهم، والأم لها السدس؛ لأن الأختين يحجبانها عن الثلث وهو سهم صار المجموع ستة.

قال: (**وإن انكسر على فريق منهم ضربته في عدد سهامهم؛ لأنه أصل مسألتهم**).

أما كون عامل المسألة يضرب عدد الفريق المنكسر عليه في عدد سهامهم؛ فلتصحيح المسألة.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: أن تكون الجدة في المسألة الأولى ثنتين؛ لأن السهم الحاصل لها منكسر عليها فاضرب عدد الفريق المنكسر عليه في اثنين يكن ذلك أربعة: للجدتين سهمان لكل واحدةٍ سهم، وللأخ سهمان[4].

فإن قيل: ضمير المفعول في قول المصنف رحمه الله: ضربته على ما يعود ؟

قيل: يعود على الفريق. والمعنى ضربت عدد الفريق المنكسر عليه كما ذكرته أولاً . وصرح المصنف رحمه الله بذلك في الكافي فقال: وإن انكسر سهم فريق عليهم ضربت عددهم في عدد سهامهم.

⇨

(١) في أ: ثلاث بنين مع الزوجة.
(٢) في أ: الأخت للأبوين.
(٣) في أ: وللأخت للأبوين.
(٤) في أ: سهم.

فإن قيل: ضمير سهامهم إلى ما يعود ؟

قيل: إلى جميع الورثة . ولذلك قال: لأنه أصل مسألتهم. ومعلوم أن سهام الفريق المنكسر عليه ليس أصل مسألتهم.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى: لأنه أصل مسألتهم؛ فتعليل لضرب عدد الفريق المنكسر عليه في عدد سهام جميع الورثة.

قال: (فإن كان معهم أحد الزوجين فأعطه فرضه من أصل مسألته، واقسم الباقي على مسألة الرد وهو ينقسم إذا كانت زوجة ، ومسألة الرد من ثلاثة: فللزوجة الربع، والباقي لهم، وتصير المسألة من أربعة).

أما كون أحد الزوجين يعطى فرضه من أصل مسألته ؛ فلأن المعتبر أولاً مسألة أحد الزوجين لا مسألة الرد؛ لأن سهمه يخرج أولاً ثم يرد على الباقي.

وأما كون الباقي يقسم على مسألة الرد؛ فلأنه[1] لا مزاحم لهم فيه.

وأما كونه ينقسم فيما ذكر؛ فلأن مسألة أحد الزوجين ومسألة الرد تصحان من أصل واحدٍ؛ لأنه إذا كانت زوجة ومسألة الرد من ثلاثة: كأمٍ وأخٍ لأمٍ مسألة الزوجة[2] من أربعة: لها سهم يبقى ثلاثة مسألة الرد مقسومة على ثلاثة: للأم سهمان، وللأخ سهم.

قال: (وفي غير هذا تضرب مسألة الرد في مسألة الزوج فما بلغ فإليه تنتقل المسألة).

أما كون غير هذا والمراد به غير مسألة[3] فيها زوجة، ومسألة الرد من ثلاثة تضرب مسألة الرد في مسألة الزوجة؛ فلتصح المسألتان من عددٍ واحد.

وأما كون ما بلغ تنتقل إليه المسألة؛ فلأنه العدد المنتهى إليه. وسيأتي ذلك كله مبيناً إن شاء الله تعالى[4].

---

(١) في أ زيادة : لهم.

(٢) في أ: الزوج.

(٣) في أ: المسألة.

(٤) في باب تصحيح المسائل ص: ٣٥٧.

قال: (فإذا كان زوج وجدة وأخ من أم فمسألة الزوج من اثنين، ومسألة الرد من اثنين تضرب أحدهما في الأخرى تكن أربعة. وإن كان مكان الزوج زوجة ضربت مسألة الرد في أربعة تكن ثمانية. وإن كان مكان الجدة أخت لأبوين انتقلت إلى ستة عشر. وإن كان مع الزوجة بنت وبنت ابن انتقل إلى اثنين وثلاثين. وإن كان معهم جدة صارت من أربعين. ثم تصحح بعد ذلك على[1] ما يذكره).

أما كون مسألة الزوج من اثنين؛ فلأن فرضه النصف ومخرجه من اثنين.

وأما كون مسألة الرد من اثنين إذا كان مع الزوج جدة وأخ لأم؛ فلأن فيها سدسان.

وأما كون أحدهما تُضرب في الأخرى؛ فليصحا من عددٍ واحد.

وأما كون المسألة تكون أربعة؛ فلأنك إذا ضربت اثنين في اثنين كانت أربعة.

وأما كون مسألة الرد تضرب في أربعة إذا كان مكان الزوج زوجة؛ فلأن مسألة الزوجة من أربعة؛ لأن لها ربعاً ومخرجه من أربعة.

وأما كونها تكون ثمانية؛ فلأنك إذا ضربت أربعة في اثنين كانت ثمانية.

وأما كونها تنتقل إلى ستة عشر إذا كان مكان الجدة أخت[2] لأبوين؛ فلأن مسألة الرد حينئذٍ من أربعة؛ لأن فيها أربعة أسداس. فإذا ضربت أربعة في أربعة كانت ستة عشر.

وأما كونها تنتقل إلى اثنين وثلاثين إذا كان مع الزوجة بنت وبنت ابن؛ فلأن مسألة الزوجة من ثمانية؛ لكونها تستحق الثمن مع وجود البنت. ومسألة الرد من أربعة؛ لأن فيها أربعة أسداس: ثلاثة أسداس للبنت، وسدس لبنت الابن. فإذا ضربت ثمانية في أربعة كانت اثنين وثلاثين.

وأما كونها تصير من أربعين إذا كان معهم جدة؛ فلأن مسألة الرد حينئذٍ من خمسة؛ كزيادتها سدساً للجدة. فإذا ضربت ثمانية في خمسة صارت أربعين.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) في أ: أختاً.

وأما كونها تُصحح بعد ذلك على ما يذكره المصنف رحمه الله تعالى في باب تصحيح المسائل؛ فلأنه مبين فيه.

فعلى هذا إذا كانت سهام الزوجة منكسرة؛ لكون الميت له أكثر من زوجةٍ واحدةٍ أو كانت سهام أهل الرد منكسرةً عليهم . فصحح ذلك على ما يذكر [بعد إن شاء الله تعالى][1].

(١) زيادة من ج.

باب تصحيح المسائل

قال المصنف رحمه الله تعالى: (إذا لم ينقسم سهام فريق عليهم قسمة صحيحة فاضرب عددهم في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة ثم يصير لكل واحد من الفريق مثل ما كان لجماعتهم إلا أن يوافق عددهم سهامهم بنصف أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء فيجزئك ضرب وفق عددهم، ثم يصير لكل واحد وفق ما كان لجماعتهم).

أما كون الفريق الذي لم ينقسم عليهم سهامهم قسمة صحيحة ولم يوافق عددهم سهامهم يضرب عددهم في أصل مسألتهم إن لم تكن عائلة وفيها وفي عولها إن كانت عائلة؛ فليخرج سهام كل واحدٍ بلا كسر.

فإن قيل: ما مثال ذلك إذا لم تكن المسألة عائلة ؟

قيل: زوجة وخمسة بنين . أصلها من ثمانية: للزوجة الثمن سهم، والباقي وهو سبعة على خمسة لا تصح ولا توافق . اضرب خمسة في ثمانية يكن أربعين: للزوجة سهم في خمسة بخمسة . تبقى خمسة وثلاثون مقسومة على خمسة لكل ابنٍ سبعة . وهو ما كان منكسراً على جماعتهم، ولذلك قال المصنف: ثم يصير لكل واحدٍ من الفريق مثل ما كان لجماعتهم .

ومثال ذلك مع العول: زوج وأم وخمس بنات . أصل المسألة من اثني عشر وتعول إلى ثلاثة عشر: للزوج الربع ثلاثة، وللأم السدس اثنان، وللبنات الثلثان ثمانية لا تنقسم على عددهم ولا توافق اضرب خمسة في ثلاثة عشر تكن خمسة وستين: للزوج ثلاثة في خمسة بخمسة عشر، وللأم سهمان في خمسة بعشرة، وللبنات ثمانية في خمسة بأربعين على خمس لكل واحدٍ ثمانية وهو ما كان منكسراً على جماعتهم.

وأما كون الفريق المذكور إذا وافق عددهم سهامهم بنصفٍ أو ثلثٍ أو ربعٍ أو خمسٍ أو سدسٍ أو سبعٍ أو ثمنٍ أو تسعٍ أو عشرٍ يجزئ ضرب وفق عددهم في أصل

المسألة إن لم تكن عائلة ، وفيها وفي عولها إن كانت عائلة ؛ فلأن سهام كل واحدٍ تخرج صحيحة بذلك. فلا حاجة إلى ضرب عدد الفريق في ذلك.

فإن قيل: ما مثال ذلك إذا لم تكن المسألة عائلة ؟

قيل: زوجة، وأربعة عشر ابناً . أصلها من ثمانية: للزوجة الثمن سهم، والباقي وهو سبعة بين البنين لا تصح وتوافق بالأسباع اضرب وفق البنين وهو سهمان في ثمانية تكن ستة عشر: للزوج سهم في اثنين باثنين، وللبنين سبعة في اثنين بأربعة عشر لكل ابنٍ سهم وهو وفق ما كان لجماعتهم؛ [لأن الذي كان لجماعتهم][1] سبعة ووفقها هنا سهم؛ لأن الموافقة بالأسباع .

ومثال ذلك مع العول: زوج وأم وعشر بنات . أصل المسألة من اثني عشر، وتعول إلى ثلاثة عشر: للزوج ثلاثة، وللأم سهمان، وللبنات ثمانية على عشرٍ لا تصح وتوافق بالأنصاف فاضرب الخمسة التي هي وفق العدد في أصل المسألة وعولها تكن خمسة وستين: للزوج ثلاثة في خمسة بخمسة عشر، وللأم اثنان في خمسة بعشرة، وللبنات ثمانية في خمسة بأربعين لكل بنتٍ أربعة وهي وفق ما كان لجماعتهم؛ لأن الذي كان لجماعتهم ثمانية ووفقها هنا أربعة؛ لأن الموافقة بالأنصاف.

(١) ساقط من أ.

قال: (وإن انكسر على الفريقين أو أكثر وكانت متماثلة كثلاثة وثلاثة: اجتزأت بأحدها . وإن كانت متناسبة وهو: أن تنسب الأقل إلى الأكثر بجزء من أجزائه كنصفه أو ثلثه أو ربعه: اجتزأت بأكثرها، وضربته في المسألة وعولها . وإن كانت متباينة ضربت بعضها في بعض فما بلغ ضربته في المسألة وعولها . وإن كانت متوافقة كأربعة وستة وعشرة ضربت وفق أحدهما في الآخر، ثم وافقت بين ما بلغ وبين الثالث وضربت وفق أحدهما في الآخر، ثم اضرب ما معك في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما بلغ فمنه تصح).

أما كون ما انكسر على فريقين يجتزأ فيه[1] بأحد الأعداد المتماثلة وبأكثر الأعداد المتناسبة؛ فلأن الغرض من الضرب خروج السهام بلا كسرٍ، وذلك حاصل بما ذكر.

وأما كون ذلك يضرب في المسألة وعولها؛ فلما تقدم فيما إذا كان الكسر على فريق.

وأما كون المتباينة يضرب بعضها في بعض ؛ فلأن السهام لا تخرج بلا كسر إلا بذلك.

وأما كون ما بلغ من ذلك يضرب في المسألة وعولها؛ فلما ذكر قبل.

وأما كون المتوافقة تضرب وفق أحدهما في الآخر؛ فلما تقدم من أن الغرض من التصحيح خروج السهام بلا كسرٍ، وذلك حاصل بضرب الوفق.

وأما كون ما بلغ من ذلك يوافق بينه وبين العدد الثالث ؛ فلأنه قد تكون بينهما موافقة. فيكفي فيه ضرب الوفق.

وأما كون وفق أحدهما يضرب في الآخر؛ فكالعدد إذا كان بينه وبين سهامه موافقة.

وأما كون ما مع الضارب من ذلك يضرب في أصل المسألة وعولها؛ فلما تقدم في الفريق الواحد.

فإن قيل: ما المعنيّ بالأعداد المذكورة ؟

---

(١) ساقط من أ.

قيل: التماثل هو: أن يكون العدد مثل الآخر كثلاثة وثلاثة[1] . والتناسب هو: أن يكون العدد نصف الآخر أو ربعه أو نحوهما كثلاثة وستة . والتباين هو: ما لم يكن فيه تماثل ولا تناسب ولا توافق . والتوافق هو: أن يكون العدد يوافق الآخر بنصفٍ أو ربعٍ أو نحوهما كأربعةٍ وستةٍ، وكل نوعٍ من ذلك يكون تارة فريقين، وتارة ثلاثة. وتكون في مسألة عائلة، وفي مسألة غير عائلة، ويخرّج في كل نوع أربعة مسائل:

● مسائل التماثل:

الأولى: ثلاث أخوات لأبٍ، وثلاث لأمٍ . المسألة من ثلاثة: للأخوات للأب[2] سهمان لا يصح عليهن ولا يوافق، وللأخوات للأم[3] سهم كذلك والعددان متماثلان فاضرب أحد العددين في أصل المسألة تكن تسعة: لكل أختٍ لأبٍ سهمان، ولكل أختٍ لأمٍ سهم.

الثانية: ثلاث جدات، وثلاث أخوات لأبوين، وثلاث إخوة لأبٍ . المسألة من ستة: للجدات سهم لا يصح ولا يوافق، وللأخوات للأبوين[4] أربعة كذلك، وللإخوة سهم كذلك، وكل الأعداد متماثلة فاضرب أحدها في ستة تكن ثمانية عشر.

الثالثة: أن يزاد في المسألة الأولى جدة . المسألة من ستة وتعول إلى سبعة وتصح من إحدى وعشرين.

الرابعة: أن يجعل بدل الإخوة في المسألة الثانية أخوات لأمٍ . المسألة عائلة إلى سبعة، وتصح من أحدٍ وعشرين أيضاً.

● مسائل التناسب:

الأولى: ثلاث أخوات لأبٍ، وست لأمٍ . المسألة من ثلاثة فاضربها في أكثر العددين وهو هنا ستة تكن ثمانية عشر.

---

(١) في أ: والثلاثة.
(٢) في أ: الأب.
(٣) في أ: لأم.
(٤) في أ: لأبوين.

الثانية: زوجتان، وثمان جدات، وستة عشر أخاً لأبٍ . المسألة من اثني عشر: للزوجتين ثلاثة لا تصح ولا توافق، وللجدات اثنان لا تصح وتوافق بالأنصاف . فترجع الجدات إلى أربع والإخوة سبعة لا تصح ولا توافق والأعداد بعد رد أحدها[1] إلى نصفه متناسبة؛ لأن الاثنين نصف الأربعة، والأربعة ربع الستة عشر . فاضرب أكثرها وهو هنا ستة عشر في المسألة وهي اثنا عشر تكن مائة واثنين وتسعين[2].

الثالثة: ثلاث أخوات لأبٍ، وأختان لأمٍ، وست جدات . المسألة من ستة وتعول إلى سبعة، وعدد الأخوات لأب يناسب عدد الجدات؛ لأنه نصفه . فاضرب ستة في سبعة تكن اثنين[3] وأربعين.

الرابعة: اثنتا[4] عشرة أختاً لأبٍ، وثلاث لأمٍ، وست جداتٍ . المسألة من ستة وتعول إلى سبعة والثلث ربع الاثني عشر[5] والست نصفها . فاضرب اثني عشر في سبعةٍ تكن أربعة وثمانين.

● مسائل التباين:

الأولى: سبعة بنين، وأربع جدات . المسألة من ستة والعددان متباينان فاضرب سبعة في أربعة تكن ثمانية وعشرين، ثم اضرب ذلك في أصل المسألة وهي ستة تكن مائة وثمانية وستين[6].

الثانية: أربع زوجاتٍ، وثلاث جدات، وخمسة إخوة . المسألة من اثني عشر والأعداد كلها متباينة فاضرب أربعة في ثلاثة تكن اثني عشر، ثم في خمسة تكن ستين، ثم في أصل المسألة تكن سبعمائة وعشرين.

---

(١) في أ: أحدهما.
(٢) في أ: وهو هنا ستة في المسألة وهي اثنا عشر تكن اثني وسبعين.
(٣) في أ: اثني.
(٤) في أ: اثنتي.
(٥) في أ: عشرة.
(٦) في أ: أصل المسألة وهي سبعة تكن مائة وستة وتسعين.

الثالثة: خمس أخوات لأب، وثلاث لأم، وجدة . المسألة من ستة وتعول إلى سبعة والعددان متباينان فاضرب ثلاثة في خمسة تكن خمسة عشر، ثم اضربها في سبعة تكن مائة وخمسة.

الرابعة: أن يكون عدد الجدات أربعاً فاضرب ما بلغ من ضرب ثلاثة في خمسة وهو خمسة عشر في أربعة تكن ستين، ثم اضرب ذلك في سبعة تكن أربعمائة وعشرين.

● مسائل التوافق:

الأولى: أربع زوجات، وستة بنين . المسألة من ثمانية: للزوجات سهم لا يصح عليهن ولا يوافق، وللبنين سبعة كذلك، والعددان متوافقان بالأنصاف فاضرب أربعة في وفق الستة وهو ثلاثة يكن اثني عشر، ثم اضرب ذلك في المسألة يكن ستة وتسعين.

الثانية: ست جدات، وتسع بنات، وخمسة عشر أخاً . المسألة من ستة والأعداد متوافقة بالأثلاث فقف أحدها وهو الجدات مثلاً واضرب تسعة في وفق الخمسة عشر وهو خمسة يكن خمسة وأربعين بينهما وبين الموقوف موافقة بالأثلاث. فاضرب خمسة وأربعين في وفق الموقوف وهو اثنان يكن تسعين، ثم اضرب ذلك في المسألة يكن خمسمائة وأربعين .

وقد مثّل المصنف رحمه الله تعالى الأعداد المتوافقة بأربعةٍ وستةٍ وعشرةٍ، ولم يقع لي بين أعداد لا تَوَافُق بينها وبين السهام، وأظنه لا يقع في نفس الأمر فلذلك عدلت عنه . بل يقع بين أعداد يوافق بعضها سهامه؛ كأربع زوجات، وأربع وعشرين جدة، وعشرة بنين . المسألة من أربعة وعشرين: للزوجات ثلاثة على أربع، وللجدات أربعة على أربع وعشرين لا يصح ويوافق فترجع إلى ستة وبينها وبين الأربع والعشرة موافقة بالأنصاف فقف العشرة مثلاً واضرب الستة في وفق الأربع يكن اثني عشر بينها وبين العشرة موافقة بالأنصاف فاضرب اثني عشر في خمسة يكن ستين، ثم اضرب ذلك في أربعة وعشرين يكن ألفاً وأربعمائة وأربعين.

الثالثة: تسع أخوات لأبٍ، وخمس عشرة أختاً لأمٍ، وجدةٍ . المسألة من ستة وتعول إلى سبعة: للأخوات للأب[1] أربعة لا تصح ولا توافق، وللأخوات للأم[2] اثنان كذلك، وللجدة سهم يصح عليها، والعددان متوافقان بالأثلاث فاضرب تسعة في خمسة تكن خمسة وأربعين، ثم اضرب ذلك في سبعة تكن ثلثمائة وخمسة[3] عشر.

المسألة الرابعة: مثل الثالثة إلا أن الجدات أحد وعشرون[4] . فقف الأخوات لأبٍ مثلاً واضرب خمسة عشر في سبعة تكن مائة وخمسة بينها وبين الموقوف موافقة بالأثلاث. فاضرب ذلك في ثلاثةٍ تكن ثلثمائة وخمسة عشر، ثم اضرب ذلك في المسألة تكن ألفين ومائتين وخمسة.

قال: (فإذا أردت القسمة فكل من له شيء من أصل المسألة مضروب في العدد الذي ضربته في المسألة فما بلغ فهو له إن كان واحداً، وإن كانوا جماعة قسمته عليهم).

أما كون كل من له شيء من أصل المسألة مضروباً في العدد المضروب في المسألة؛ فلأن بذلك يعلم ماله.

وأما كون ما بلغ من ذلك له إن كان واحداً ومقسوماً عليهم إن كانوا جماعة ؛ فلأن الذي له شيء من أصل المسألة تارة يكون واحداً فيكون الذي بلغ له، وتارة يكون جماعة فيكون الذي بلغ مقسوماً عليهم .

وبيان ذلك يظهر في المسألة الثالثة التي تلي آخر المسائل فإنها صحت من ثلثمائة وخمسة عشر: للجدة سهم من أصل المسألة فاضربه في خمسة وأربعين؛ لأنها هي المضروبة في أصل المسألة تكن خمسة وأربعين وهي واحدة فجميع ذلك لها، وللأخوات للأب[5] من أصل المسألة أربعة. فاضربها في خمسة وأربعين تكن مائة

(١) في أ: لأب.
(٢) في أ: لأم.
(٣) في أ: وخمس.
(٤) في أ: إحدى وعشرون.
(٥) في أ: لأب.

وثمانين وهن جماعة فاقسم ذلك عليهن يكن لكل واحدةٍ عشرون، وللأخوات للأم[1] اثنان من أصل المسألة فاضربها في خمسة وأربعين تكن تسعين وهن جماعة فاقسمها عليهن تكن لكل واحدةٍ ستة. وعلى هذا فقس بقية المسائل.

وإنما عدلت عن قسمة الأخيرة التي تليها؛ لأنها تجمع واحداً وجماعةً فقصدت في قسمتها بيان قول المصنف رحمه الله: فهو له إن كان واحداً ... إلى آخره.

(١) في أ: لأم.

باب المناسخات

قال المصنف رحمه الله تعالى: (ومعناها: أن يموت بعض ورثة الميت قبل قسمة تركته. ولها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون ورثة الثاني يرثونه على حسب ميراثهم من الأول مثل أن يكونوا[1] عصبة لهما. فاقسم المال بين من بقي منهم، ولا ينظر إلى الميت الأول).

أما قول المصنف رحمه الله: ومعناها أن يموت بعض ورثة الميت قبل قسم تركته؛ فبيان لمعنى المناسخات.

وأما كونها لها ثلاثة أحوال؛ فلأن الوارث تارة يرث الثاني على حسب ما ورث الأول، وتارة لا يرث منه شيئاً، وتارة ما عدا الحالين المذكورين. وسيأتي بيان ذلك كله في مواضعه.

وأما كون أحدها: أن يكون ورثة الثاني يرثونه على حسب ميراثهم من الأول؛ فظاهر.

وأما قول المصنف رحمه الله: مثل أن يكونوا[2] عصبة لهما ؛ فبيان لما تقدمه.

وأما كون المال يقسّم على من بقي ولا ينظر إلى الميت الأول؛ فلأن من[3] بقي هم أصحاب المال وهو بينهم بالسوية. فلا حاجة إلى النظر إلى الميت الأول[4].

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

---

(١) في أ: يكون.
(٢) مثل السابق.
(٣) في أ: ما.
(٤) ساقط من أ.

قيل: مثاله أربعة إخوة ، وأخت . مات أخ ثم مات آخر . فالأخ والأخت الباقيان عصبة للأول والثاني . فالمال بينهما على ثلاثة: للأخ سهمان، وللأخت سهم.

قال المصنف في المغني: وقد يتفق هذا في أصحاب الفروض في مسائل يسيرة؛ كرجل مات عن امرأةٍ، وثلاثة بنين، وبنت. فإن للمرأة من الأولى سهماً مثل سهم البنت وكنصف سهم ابنٍ وكذلك لها من الثانية . هذا لفظه. وفي المسألة حذف تقديره: كرجلٍ مات عن امرأةٍ وثلاثة بنين وبنت ثم مات أحد البنين والمرأة أمّهم. وتحقيق المسألة: أن الأولى تصح من ثمانية: للمرأة منها سهم، وللبنت سهم، ولكل ابن سهمان. والثانية تصح من ستة: للأم سهم، وللبنت سهم، ولكل ابنٍ سهمان. فللأم من الثانية لكونها أماً مثل ما لها من الأولى؛ لكونها زوجة فلا حاجة إلى العمل بل اقسم المال كله[1] على ستة كما تقدم في العصبة لهما.

قال: (الثاني: أن يكون ما بعد الميت الأول[2] من الموتى لا يرث بعضهم بعضاً؛ كإخوة خلّف كل واحد منهم بنيه فاجعل مسائلهم كعدد انكسرت عليهم سهامهم، وصحح على ما ذكرنا في باب التصحيح).

أما كون مسائل من ذكر تجعل كعددٍ انكسرت عليهم سهامهم؛ فلأن كل مسألة لمستحقها فهي كالعدد المذكور.

وأما كونها تصحح على ما ذكر في باب التصحيح؛ فلأن المسائل كالأعداد. وطريق تصحيحها ما تقدم في الباب المذكور[3] فكذا ما يشبهها.

فعلى هذا قل: مسألة الأول من ثلاثة؛ لأن الميت أبو الإخوة الثلاثة، أو أخوهم، ثم انظر في مسألة الثاني والثالث هل ينقسم سهمه على وارثه أم لا؟ فإن انقسم فلا كلام، وإن لم ينقسم ولم يوافق كمسألة المصنف رحمه الله تعالى فإنه[4] جعل لكل أخٍ بنين وذلك جمع، وأقله ثلاثة، وسهمه لا يصح عليهم ولا يوافق .

---

(١) زيادة من ج.

(٢) في أ: الأولى.

(٣) باب تصحيح المسائل ص: ٣٥٧.

(٤) في أ: لأنه.

فصحح المسألة الثانية والثالثة والرابعة، وانظر هل الثلاث متباينات أو متوافقات أو متناسبات أو متماثلات . وهو المعني بجعل المسائل كعددٍ انسكرت عليهم سهامهم. فإن كانت المسائل متبايناتٍ فاضرب بعضها في بعض، ثم اضرب ما بلغ في المسألة الأولى . وهو المعني بقوله: وصحح على ما ذكرنا؛ لأنه هكذا صحح الأعداد المتباينة . وإن كانت متوافقة فاضرب بعضها في وفق بعض، ثم في[1] المسألة الأولى. وإن كانت متناسبةً فاضرب أكثرها في الأولى. وإن كانت متماثلة فاضرب إحداها في المسألة الأولى.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: مثال المتباينة: مات أحد الإخوة وخلّف ابنين، والآخر ثلاثة، والآخر خمسة. فمسألة كل واحدٍ بعدد أولاده. فاضرب اثنين في ثلاثة تكن ستة، ثم في خمسة تكن ثلاثين، ثم في المسألة الأولى تكن تسعين.

ومثال المتوافقة: أن يخلّف الأول أربعة، والثاني ستة، والثالث تسعة، والستة توافق الأربعة والتسعة. فاضرب ستة في اثنين يكن اثني عشر، ثم انظر هل بين ذلك وبين التسعة موافقة تجدها هنا بالثلث. فاضرب اثني عشر في ثلاثة تكن ستة وثلاثين، ثم اضرب ذلك في المسألة الأولى تكن مائة وثمانية.

ومثال المتناسبة: أن يخلّف الأول اثنين، والثاني أربعة، والثالث ثمانية. فاضرب ثمانية في المسألة الأولى تكن أربعة وعشرين.

ومثال المتماثلة: أن يخلّف الأول اثنين، والثاني اثنين، والثالث اثنين. فاضرب اثنين في المسألة الأولى تكن ستة.

(١) ساقط من أ.

قال: (الثالث: ما عدا ذلك . فصحح مسألة الأول، وانظر ما صار إلى الثاني فاقسمه على مسألته. فإن انقسم صحت المسألتان مما صحت به الأولى؛ كرجل خلّف امرأة وبنتاً وأخاً ثم ماتت البنت وخلّفت زوجاً وبنتاً وعمها فإن لها أربعة، ومسألتها من أربعة فصحت المسألتان من ثمانية، وصار للأخ أربعة).

أما قول المصنف رحمه الله تعالى: ما عدا ذلك فالمراد ما عدا الحالين المذكورين قبل، ويشمل ذلك صوراً:

أحدها: أن يكون في المسألة من يرث من الأول دون الثاني وبالعكس كما مثل المصنف رحمه الله . فإن المرأة لا ترث من الثاني، وزوج البنت وبنتها لا ترثان من الأول. فطريق العمل أن تصحح المسألة الأولى وهي من ثمانية؛ لأن فيها نصفاً وثمناً، وما بقي للمرأة الثمن سهم، وللبنت النصف أربعة، والباقي للأخ وهو ثلاثة، ثم ينظر ما صار إلى الثاني وهو هنا أربعة؛ لأن الميت البنت فتقسمها على مسألة ورثتها وهي من أربعة؛ لأن فيها ربعاً ونصفاً وما بقي للزوج الربع سهم، وللبنت النصف اثنان، وللعم ما بقي سهم فيكون مجموع ما حصل له من الأولى والثانية أربعة ثلاثة من الأولى، وسهم من الثانية.

وثانيها: أن يكون في المسألة من يرث من الأولى دون الثانية وورثة الثاني هم بقية ورثة الأول؛ كرجلٍ خلّف زوجة، وسبعة بنين، ثم مات أحد البنين فالمسألة الأولى من ثمانية: للزوجة سهم، ولكل ابنٍ سهم. والمسألة الثانية من سبعة: لكل أخٍ سهم، ومجموع ما حصل لكل واحدٍ سهمان.

وثالثها: أن يكون في المسألة من يرث من الثاني دون الأول؛ كرجلٍ خلّف ثلاثة بنين فمات أحدهم وخلّف زوجة وأخويه . مسألة الأول من ثلاثة، والثاني من أربعة.

ورابعها: أن يكون ورثة الأول لا يرثون الثاني على حسب ما ورثوا الأول؛ كرجلٍ مات وخلّف أماً وأخوين، ثم مات أحد الأخوين وخلّف أمه وأخاه . مسألة الأول من ستة، وتصح من اثني عشر. ومسألة الثاني من ثلاثة وسهمه من الأول خمسة وذلك على ثلاثة لا يصح ولا يوافق فاضرب اثني عشر في خمسة يكن ستين.

قال: (فإن لم ينقسم وافقتَ بين سهامه ومسألته، ثم ضربتَ وفق مسألته في المسألة الأولى، ثم كل من له شيء من الأولى مضروب في وفق[1] الثانية. ومن له شيء من الثانية مضروب في وفق سهام الميت الثاني ؛ مثل: أن تكون الزوجة أماً للبنت في مسألتنا فإن مسألتها من اثني عشر توافق سهامها بالربع فترجع إلى ربعها ثلاثة تضربها في الأولى تكن أربعة وعشرين).

أما[2] كون عامل المسألة يوافق بين السهام والمسألة؛ فلما تقدم.

وأما كونه يضرب وفق المسألة في المسألة الأولى ؛ فلأن ذلك كافٍ في خروج ذلك بلا كسر.

وأما كون كل من له شيء من الأولى مضروباً في وفق الثانية ... إلى آخره ؛ فلأن به[3] يعلم مقدار ما لكل واحد.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى: مثل أن تكون الزوجة أماً للبنت في مسألتنا؛ فبيان لمسألة يقع التوافق بين سهام الثاني ومسألته.

والمراد بقوله: في مسألتنا في المسألة الأولى.

وأما قوله: فإن مسألتها من اثني عشر. فالمراد به مسألة البنت. وإنما كانت من ذلك؛ لأن فيها سدساً وربعاً ونصفاً.

وأما كون مسألتها توافق سهامها بالربع؛ فلأن لها من الأولى أربعة وبينها وبين اثني عشر موافقة بالأرباع.

وأما كون مسألتها ترجع إلى ربعها ثلاثة ؛ فلأنها وفقها.

وأما كون الثلاثة تضرب في المسألة الأولى وهي ثمانية؛ فلتصح المسألتان من عددٍ واحد.

وأما كونها تكون أربعة وعشرين؛ فلأن الثلاثة إذا ضربت في ثمانية يكون كذلك.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) في أ: وأما.

(٣) في أ: فلأنه.

فعلى هذا يقال: للمرأة من الأولى سهمٌ مضروبٌ في ثلاثة بثلاثة، وللأخ ثلاثة في ثلاثة بتسعة، وللزوج من المسألة الثانية ثلاثة مضروبة في أحد بثلاثة؛ لأن الواحد وفق ما خلّف الميت الثاني؛ لأن البنت ورثت من المسألة الأولى أربعة والواحد وفقها؛ لأنه ربعه، وللبنت ستة في أحدٍ بستة، وللأم سهمان في أحدٍ بسهمين، وللعم سهم في أحدٍ بسهم . فمجموع ما حصل لهم من المسألتين أربعة وعشرون وهو الذي صحت فيه المسألتان . فعلى هذا فقس.

قال: (وإن لم توافق سهامه مسألته ضربت الثانية في الأولى، وكل من له شيء من الأولى مضروب في الثانية ، ومن له شيء من الثانية مضروب في سهام الثاني ؛ مثل: أن تخلّف البنت[1] بنتين فإن مسألتهما تعول إلى ثلاثة عشر تضربها في الأولى تكن مائة وأربعة، وتعمل على ما ذكرنا).

أما كون المسألة الثانية تضرب في الأولى؛ فلما تقدم غير مرة.

وأما كون كل[2] من له شيء من الأولى مضروباً في الثانية ... إلى آخره؛ فلما تقدم.

وأما قول المصنف رحمه الله: مثل أن تخلّف البنت بنتين؛ فبيان لمسألةٍ لا توافق سهام الميت مسألته.

وأما كون مسألة البنت تعول إلى ثلاثة عشر؛ فلأن فيها ثلثين بثمانية، وربعاً بثلاثة، وسدساً باثنين.

وأما كونها تضرب في الأولى؛ فلما تقدم.

وأما كونها تكون مائة وأربعة ؛ فلأن ثلاثة عشر إذا ضربت في ثمانية يكون ذلك.

وأما كونها تعمل على ما ذكر قبل؛ فلما ذكر.

فعلى هذا يقال: للمرأة من الأولى سهم مضروب في ثلاثة عشر بثلاثة عشر، وللأخ ثلاثة في ثلاثة عشر بتسعة وثلاثين، وللزوج من الثانية ثلاثة في أربعة باثني

---

(١) في أ: الميت.

(٢) ساقط من أ.

عشر؛ لأن الأربعة هي التي ورثتها البنت الميتة، وللبنتين ثمانية في أربعة باثنين وثلاثين، وللأم سهمان في أربعة بثمانية.

قال: (فإن مات ثالث جمعت سهامه مما صحت منه الأوليان وعملت فيها عملك في مسألة الثاني مع الأول . وكذلك يصنع في الرابع ومن بعده).

أما كون سهام الثالث مما صحت منه الأوليان يجمع؛ فلأن ذلك كله له.

وأما كون العامل يعمل في المسألة الثالثة مثل العمل في مسألة الثاني مع الأول ؛ فلأنها في معناها.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: مثاله: رجل مات وخلّف زوجة وسبعة بنين . المسألة من ثمانية: للزوجة سهم، ولكل ابنٍ سهم. مات أحدهم وخلّف زوجة وبنتاً والإخوة. المسألة من ثمانية وتصح من ستة عشر: للميت الثاني من المسألة الأولى سهم على ستة عشر لا تصح ولا توافق . اضرب ستة عشر في ثمانية تكن مائة وثمانية وعشرين: للزوجة من الأولى سهم في ستة عشر بستة عشر، ولكل ابنٍ ستة عشر، وللزوجة من الثانية سهمان في سهم بسهمين، وللبنت ثمانية في سهمٍ بثمانية، ولكل أخٍ سهم في سهم بسهم . ثم مات أحد الإخوة وخلّف زوجةً وبنتاً وبقية إخوته فمجموع ما حصل له من المسألتين سبعة عشر: ستة عشر بالبنوّة، وسهم بالأخوّة، ومسألته من ثمانية، وتصح من أربعين، وليس بينها وبين ما له من الميراث سبعة عشر موافقة فاضرب أربعين في مائة وثمانية وعشرين تكن خمسة آلاف ومائة وعشرين: لزوجة الأول ستمائة وأربعون، ولزوجة الثاني ثمانون، ولزوجة الثالث خمسة وثمانون، ولبنت الثاني ثلثمائة وعشرون، ولبنت الثالث ثلثمائة وأربعون، ولكل أخٍ من الأولى والثانية والثالثة سبعمائة.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى: وكذلك يصنع في الرابع ومن بعده فمعناه: إذا مات أربعة فأكثر يصنع بهم مثل ما صنعت فيما تقدم. وقد تبين[1] كيفية العمل فلا حاجة إلى إعادتها. والله أعلم.

---

(١) في ج: تقدم.

باب قسمة التركات

القَسْم مصدر قولك: قسم يقسم قسماً . ويقال: قسمة أيضاً. قال الله تعالى: ﴿تلك إذاً قِسْمَةٌ ضِيزى﴾ [النجم:٢٢].

والتركات: جمع تركة وهو: ما يُخلّفُ الميت.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (إذا خلّف تركةً معلومةً فأمكنك نسبة نصيب كل وارث من المسألة فأعطه مثل تلك النسبة من التركة. وإن شئت قسمت التركة على المسألة وضربت الخارج بالقسم في نصيب كل وارث فما اجتمع فهو نصيبه. وإن شئت ضربت سهامه في التركة وقسمتها على المسألة فما خرج فهو نصيبه. وإن شئت في مسائل المناسخات قسمت التركة على المسألة الأولى ثم أخذت نصيب الثاني فقسمته على مسألته وكذلك الثالث. وإن كان بين المسألة والتركة موافقة فوافق بينهما واقسم وفق التركة على وفق المسألة).

أما كون من أمكنه نسبة نصيب كل وارثٍ من المسألة يعطيه من التركة المعلومة مثل تلك النسبة. وإن شاء قسم التركة على المسألة وضرب الخارج بالقسم في نصيب كل وارث فما اجتمع فهو نصيبه. وإن شاء ضرب سهامه في التركة وقسمها على المسألة فما خرج فهو نصيبه؛ فلأن كل واحد من الطرق الثلاثة يحصل العلم بمقدار نصيب كل وارث.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: مثاله: امرأة خلّفت زوجاً وأبوين وابنتين . وتركت أربعين ديناراً . فعلى الأول وهو: أن تنسب نصيب كل وارثٍ وتعطيه مثل تلك النسبة من التركة أن يقال: للزوج ثلاثة من خمسة عشر وهي خمسها فله خمس التركة وهو ثمانية دنانير، ولكل واحدٍ من الأبوين اثنان وهما ثلثا خمس المسألة فله ثلثا خمس التركة وذلك

خمسة دنانير وثلث دينار، ولكل واحدةٍ من البنتين أربعة وهي خمس المسألة وثلث خمسها فلها[1] خمس التركة وثلث خمسها وذلك عشرة دنانير وثلثا دينار.

وعلى الثاني وهو: أن تقسم التركة على المسألة وتضرب الخارج بالقسم في نصيب كل وارث أن يقال: لكل سهمٍ ديناران وثلثا دينار: للزوج ثلاثة مضروبة في اثنين وثلاثين بثمانية، ولكل أبٍ سهمان في اثنين وثلاثين بخمسة وثلث، ولكل بنتٍ أربعة في اثنين وثلاثين بعشرة وثلثين.

وعلى الثالث وهو: أن تضرب سهام الوارث في التركة وتقسم ما بلغ على المسألة فما خرج فهو نصيبه أن يقال: للزوج ثلاثة مضروبة في أربعين بمائة وعشرين . فإذا قسمت ذلك على المسألة وهي خمسة عشر تكن ثمانية، ولكل أبٍ اثنان مضروبان في أربعين بثمانين فإذا قسمت ذلك على المسألة تكون خمسة وثلثاً، ولكل بنتٍ أربعة مضروبة في أربعين بمائة وستين. فإذا قسمت ذلك على المسألة تكون عشرة وثلثا دينار.

فإن قيل: ما طريق العلم بنصيب كل وارثٍ إذا لم يمكن نسبته من المسألة لكون[2] المسألة عدداً أصم ؟

قيل: ثنتان هما الأخريان؛ لأن الطرق لما كانت ثلاثاً ولم تمكن النسبة هنا وهي الأولى[3] بقي ما بعدها.

وأما كون عامل ما ذكر يقسم التركة على المسألة الأولى في مسائل المناسخات إذا شاء، ثم يأخذ نصيب الثاني فيقسمه على مسألته، وكذلك الثالث؛ فلأن ذلك يحصل العلم بنصيب كل وارث . أشبه ما تقدم.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: رجل مات وترك أربعة بنين . فإذا قسمت الأربعين كان لكل واحدٍ عشرة، ثم مات أحدهم وخلّف زوجةً وإخوته فمسألته من أربعةٍ فإذا قسمت عليها العشرة كان للزوجة ديناران ونصف، ولكل أخٍ كذلك . ثم مات أحدهم وخلّف

---

(١) في أ: فله.

(٢) في أ: لكل.

(٣) في أ: ولم تكن النسبة هنا وهي الأول.

زوجته وأخويه فمسألته من أربعة، وتصح من ثمانية . فإذا قسمت ما له من المسألة الأولى والثانية وهو اثنا عشر ديناراً ونصف كان للزوجة ثلاثة دنانير وثمن، ولكل أخٍ أربعة ونصف ثمن . مجموع ما حصل للأخوين الباقيين من الأولى والثانية والثالثة سبعة عشر وثمن ونصف ثمن.

وأما كون المسألة والتركة إذا كان بينهما موافقة يوافق بينهما ؛ فلأن ذلك متى أمكن لم يُعدل إلى غيره؛ لأن العدد متى صح من عددٍ قليل لا يصار إلى عددٍ أكثر منه. وقد تقدم بيان ذلك في مسائل الموافقة فلا حاجة إلى إعادته.

وأما كون وفق التركة يقسم على وفق المسألة ؛ فلأن ذلك يحصل به العلم بالنصيب.

قال: (وإن أردت القسمة على قراريط الدينار فاجعل عدد القراريط؛ كالتركة المعلومة واعمل على ما ذكرنا).

أما كون عامل ما ذكر يجعل عدد القراريط كالتركة المعلومة ؛ فلأن العدد المذكور أصل؛ لكون القسمة عليه . فهو كالتركة المعلومة.

وأما كونه يعمل على ما ذكر قبل؛ فلما ذكر.

فإن قيل: كم قراريط الدينار ؟

قيل: في عُرف أهل دمشق أربعة وعشرين قيراطاً. فإذا أردت قسمة السهام الكثيرة على ذلك فاجعل التركة كلها قراريط. فإذا كانت التركة دينارين وقيراطين[1] . فابسط الكل قراريط تكن خمسين ثم اعمل كما تقدم فيما إذا كانت التركة دنانير.

وقال المصنف في المغني: إذا أردت قسمة المسألة على قراريط الدينار فلك طريقان:

أحدهما: أن تنظر ما تركت منه العدد فإنه لا بد أن يتركب من ضرب عددٍ في عدد . فانسب أحد العددين إلى أربعة وعشرين إن كان أقل منها، وخذ من العدد الآخر مثل تلك النسبة فما كان فهو لكل قيراط. وإن كان أكثر من أربعة

---

(١) في أ: وقرطين.

وعشرين قسمته عليها فما خرج بالقسم فاضربه في العدد الآخر فما بلغ فهو نصيبه.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: ستمائة . فإذا أردت قسمتها فاعلم أنها متركبة من ضرب عشرين في ثلاثين فانسب العشرين إلى أربعة وعشرين تكن نصفها وثلثها فخذ نصف الثلثين وثلثها خمسة وعشرين فهو سهم القيراط. وإن قسمت الثلثين على أربعة وعشرين خرج بالقسم سهم وربع فاضربها تكن خمسة وعشرين كما قلنا.

وثانيهما: أن تنظر عدداً إذا ضربته في أربعة وعشرين ساوى المقسوم أو قاربَه فإذا بقيت منه بقية ضربتها في عدد آخر حتى يبقى أقل من المقسوم عليه ثم يجمع العدد الذي ضربته إليه وتنسب تلك البقية من المقسوم عليه فتضمها إلى العدد فيكون ذلك سهم القيراط.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: مثاله في مسألتنا أن تضرب عشرين في أربعة وعشرين تكون أربعمائة وثمانين، ثم تضرب خمسة في أربعة وعشرين تكون مائة وعشرين، وتضم الخمسة إلى العشرين فيكون ذلك سهام القيراط فإذا عرفت سهام القيراط فانظر من له سهام فأعطه بكل سهم من سهام القيراط قيراطاً فإن بقي له من السهام ما لا يبلغ قيراطاً فانسبه إلى سهام القيراط وأعطه منه مثل تلك النسبة.

قال: (وإن كانت التركة سهاماً من عقار كثلث وربع ونحو ذلك. فإن شئت أن تجمعها من قراريط الدينار وتقسمها على ما قلنا. وإن شئت وافقت بينها وبين المسألة وضربت المسألة أو وفقها في مخرج سهام العقار، ثم كل من له شيء من المسألة مضروب في السهام الموروثة من العقار أو في وفقها فما كان فانسبه من المبلغ فما خرج فهو نصيبه).

أما كون التركة إذا كانت سهاماً من عقار إن شاء عامل المسألة أن يجمع وإن شاء أن يوافق؛ فلأن كل واحدٍ من ذلك يحصل العلم بالمقصود . ويظهر من ذلك أن العمل المذكور له طريقان:

أحدهما: أن يجمع العامل السهام من قراريط الدينار . فيجدها فيما فرض من الثلث والربع أربعة عشر؛ لأنه قد تقرر أن الدينار في عرف أهل دمشق أربعة وعشرون ثم يقسم ذلك على المسألة.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: امرأة خلّفت زوجاً وأماً وأختاً . المسألة من ثمانية: للزوج ثلاثة هي ربعها وثمنها فله ربع أربعة عشر[1] قيراطاً وثمنها وهو خمسة قراريط وربع، وللأم سهمان هما ربع التركة فلها ربع أربعة عشر[2] قيراطاً وهو ثلاثة ونصف، وللأخت مثل الزوج.

الطريق الثانية: أن يأخذ المخلّف من مخرجه وهو هنا اثنا عشر؛ لأن المخلّف ثلث وربع . ثم تنظر هل بين المخلف وبين ذلك موافقة ؟ فإن لم يكن بينهما موافقة كالمسألة المذكورة؛ لأن المخلّف سبعة من اثني عشر وليس بين السبعة والثمانية موافقة. فاضرب المسألة وهي ثمانية في مخرج السهام وهي اثنا عشر تكن ستة وتسعين: للزوج ثلاثة من السهام مضروبة في السهام المخلّفة تكون أحداً وعشرين . ثم انسب ذلك من ستة وتسعين تجده ثمنها ونصف وربع ثمنها فله من الدار مثل تلك النسبة، وللأخت كذلك، وللأم سهمان في سبعة بأربعة عشر . ثم انسبها مما ذكر تجدها نصف سدس ونصف ثمن فلها من الدار مثل تلك النسبة .

وإن كان بينهما موافقة مثل: أن يكون نصف وربع دار فبينهما موافقة بالأنصاف فاضرب وفق المسألة وهو أربعة في مخرج السهام وهو ثمانية؛ لأن ذلك مخرج النصف والربع يكن اثنين وثلاثين: للزوج ثلاثة، والمسألة مضروبة في وفق السهام وهو ثلاثة بتسعة ونسبتها من اثنين وثلاثين ربعها وربع ثمنها فله ربعها، وللأخت كذلك، وللأم سهمان مضروبان في ثلاثة بستة.

---

(١) في أ: أربع عشر.

(٢) مثل السابق.

وأما قول المصنف رحمه الله: ثم كل من له شيء من المسألة مضروب في السهام الموروثة من العقار أو في[1] وفقها ... إلى آخره؛ فبيان لكيفية القسمة. وقد اتضح ذلك بما تقدم ذكره.

(١) ساقط من أ.

باب ذوي الأرحام

ذوي الأرحام يرثون في الجملة؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله﴾ [الأنفال:٧٥]، وقال رسول الله ﷺ: « الخالُ وارثُ منْ لا وارثَ لَه »[١] قال الترمذي: هذا حديث حسن.

فإن قيل: المراد أن من ليس له إلا خال فلا وارث له ؛ كما يقال: الجوع زاد من لا زاد له ، والماء طيب من لا طيب له ، والصبر حيلة من لا حيلة له.

قيل: هذا فاسدٌ لوجوه:

أحدها: أنه قال: « يرث ماله »[٢] وفي لفظ: « يرثه »[٣].

وثانيها: أن الصحابة رضي الله عنهم فهمُوا ذلك . وهو قول عمر وعلي وعبدالله وأبي عبيدة بن الجراح ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء.

وثالثها: أنه سماه وارثاً . والأصل الحقيقة. وما ذكر من استعمال ذلك في النفي فمعارض بأنه يستعمل للإثبات؛ كقولهم: يا عماد من لا عماد له ، ويا سند[٤] من لا سند له ، ويا ذخر من لا ذخر له. ويؤيد ذلك ما روى واسع بن حبان قال: « توفيَ ثابتُ بن الدحداحةِ ولم يدعْ وارثاً ولا عصبةً . فرفعَ شَأنهُ إلى رسولِ الله ﷺ . فدفعَ مالهُ إلى ابن أختهِ أبي لبابةَ بن عبد المنذر »[٥] رواه سعيد . ورواه أبو

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٢١٠٣) ٤: ٤٢١ كتاب الفرائض، باب ما جاء في ميراث الخال.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٣٧) ٢:٩١٤ كتاب الفرائض، باب ذوي الأرحام.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٠١) ٣:١٢٣ كتاب الفرائض، باب في ميراث ذوي الأرحام.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٨٩٩) ٣:١٢٣ كتاب الفرائض، باب في ميراث ذوي الأرحام.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٦٣٤) ٢: ٨٧٩ كتاب الديات، باب الدية على العاقلة فإن لم يكن عاقلة ففي بيت المال.

(٤) في أ: وسند.

(٥) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٦٤) ١: ٧٠ كتاب الفرائض ، باب : العمة والخالة .

عبيد في الأموال إلا أنه قال: « ولم يخلّف إلا ابنة أخ له . فقضى رسول الله ﷺ بميراثه لابنة أخيه ».

ولأنه ذو قرابة فيرث كذوي الفروض.

ولأنه ساوى سائر الناس في الإسلام وزاد عليهم بالقرابة فكان أولى بماله منهم.

ولأنه أحق الناس بصلة حياته . فكذلك بعد موته.

فإن قيل: ما شرط إرثهم ؟

قيل: أن لا يكون ذو فرض ولا عصبة؛ لأن النبي ﷺ ما حكم بالميراث للخال إلا عند عدم الوارث.

ولأن أصحاب الفروض منصوص على فروضهم، ولذلك قدمت على العصبة[1]، والعصبة يستحقون ما فضل عنه؛ لقوله عليه السلام: « ألحقوا الفرائض بأهلها فما فضل فهو لأولى رجلٍ ذكر »[2].

ولأن صاحب الفروض والعصبة أقرب إلى الميت من ذي الرحم فكان أولى بميراثه.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وهم : كل قرابة ليس بذي فرض ولا عصبة . وهم أحد عشر صنفاً: ولد البنات، وولد الأخوات، وبنات الإخوة، وبنات الأعمام، وبنو الإخوة من الأم، والعم من الأم، والعمات، والأخوال ، والخالات، وأبو الأم، وكل جدة أدلت بأب بين أمّين أو بأب أعلا من الجد، ومن أدلى بهم).

أما قول المصنف رحمه الله تعالى: وهم كل قرابة ليس بذي فرض ولا عصبة؛ فبيان لذوي الأرحام.

وقوله: كل قرابة يخرج الأجنبي.

وقوله: ليس بذي فرض يخرج أصحاب الفروض.

وقوله[3]: ولا عصبة يخرج العصبات.

---

(١) في أ: العصب.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

(٣) ساقط من أ.

وأما قوله: وهم أحد عشر صنفاً؛ فبيان لأصنافهم ليعلم ذلك فيرتب عليه تنزيل من أدلى بكل صنف.

قال: (ويرثون بالتنزيل. وهو: أن يجعل كل شخص بمنزلة من أدلى به . فيجعل ولد البنات والأخوات؛ كأمهاتهم، وبنات الإخوة والأعمام وولد الإخوة من الأم؛ كآبائهم، والأخوال والخالات وأبا الأم؛ كالأم، والعمات والعم من الأم كالأب . وعنه: كالعم . ثم يجعل نصيب كل وارث لمن أدلى به).

أما كون ذوي الأرحام يرثون بالتنزيل كما ذكره المصنف رحمه الله ؛ فلأنهم فرع في الميراث على غيرهم . فوجب إلحاقهم بمن هو فرع له، وقد روي عن علي وعبدالله رضي الله عنهما: « أنهما نزلا بنت البنت منزلة البنت ، وبنت الأخ منزلة الأخ ، وبنت الأخت منزلة الأخت ، والعمة منزلة الأب ، والخالة منزلة الأم »[1].

وروي عن الإمام أحمد أن العمة كالعم؛ لأنه يروى عن علي رضي الله عنه في رواية عنه .

والصحيح أنها بمنزلة الأب؛ لما روي أن رسول الله ﷺ قال: « العمةُ بمنزلةِ الأبِ إذا لم يكنْ بينهما أب ». رواه الإمام أحمد.

ولأن الأب أقوى جهات العمة[2] . فوجب تنزيلها منزلته . فلو خلّف الميت بنت بنت، وبنت أخت، أو بنت أخ لأبوين أو لأب، أو بنت عم المال بينهما نصفين. ولو كان معهما خالة فالمسألة من ستة: لبنت البنت ثلاثة، وللخالة سهم، والباقي لبنت الأخ أو العم. ولو كان معهم عمة فعلى تنزيلها منزلة الأب: لها سهمان من ستة، وتسقط بنت الأخ وبنت العم؛ لأن الأب يسقط الأخ والعم، وعلى تنزيلها منزلة العم لا شيء لها مع بنت الأخ؛ لأن الأخ يسقط العم، ولها نصف الباقي مع بنت العم.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٥٥) ١: ٦٨ كتاب الفرائض ، باب العمة والخالة .
وأخرجه الدارمي في سننه (٢٩٧٧) ٢: ٢٥٠ كتاب الفرائض ، باب في ميراث ذوي الأرحام . كلاهما عن عبدالله.

(٢) في أ: العم.

قال: (فإن أدلى جماعة بواحد[1] واستوت منازلهم منه فنصيبه بينهم بالسوية ذكرهم وأنثاهم سواء. وعنه: للذكر مثل حظ الأنثيين إلا ولد الأم. وقال الخرقي: يسوى بينهم إلا الخال والخالة).

أما كون نصيب المدلى به بين من أدلى به؛ فلاشتراك الكل في الإدلاء به الموجب للإرث. وإنما قيد الادلاء بواحدٍ واشترط استواء منازلهم من المدلى به؛ لأن حكم الجماعة إذا أدلوا بجماعةٍ وحكم الجماعة إذا أدلوا بواحدٍ واختلفت منازلهم من المدلي غير ذلك. وسيأتي ذكره بعد مبيناً إن شاء الله تعالى.

وأما كون النصيب المتقدم ذكره بين من ذكر سواء على المذهب ؛ فلأنهم يرثون بالرحم المجرد فاستوى ذكورهم[2] وإناثهم؛ كولد الأم.

وأما كونه للذكر مثل حظ الأنثيين غير ولد الأم على روايةٍ؛ فلأن ميراثهم معتبر بغيرهم . فوجب أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين؛ كالأولاد.

وأما استثناء ولد الأم من الرواية المذكورة؛ فلأنه يدلي بمن ذكرهم وأنثاهم سواء.

وأما التسوية بينهم إلا الخال والخالة على قول الخرقي: أما التسوية في غير الخال والخالة؛ فلما تقدم.

وأما عدم التسوية بين الخال والخالة ؛ فلأن النبي ﷺ جعل الخال أباً والخالة أماً فقال: « الخالُ والدٌ إذا لم يكنْ دونَهُ أمٌ والخالةُ أم » ، وفي آخر: « الخالةُ أمٌ إذا لم يكنْ بينهما أم »[3].

قال: (وإذا كان ابنٌ وبنت أخت وبنت أخت[4] أخرى : فلبنت الأخت وحدها النصف ، وللأخرى وأخيها النصف بينهما).

أما كون بنت الأخت وحدها لها النصف ؛ فلأنها تدلي بأمها وذلك لها.

---

(١) في أ: واحدة.
(٢) في أ: ذكرهم.
(٣) ذكره ابن حجر في التلخيص . وعزاه إلى ابن المبارك في البر والصلة . تلخيص الحبير ٤ : ٢٢ .
(٤) سقط لفظي: وبنت أخت من أ.

وأما كون النصف بين بنت الأخت الأخرى وأختها ؛ فلأنهما يدليان بالأخت الأخرى وذلك لها.

قال: (**وإن اختلفت منازلهم من المدلى به جعلته كالميت وقسّمت نصيبه بينهم على ذلك ؛ كثلاث خالات مفترقات[1] وثلاث عمات مفترقات فالثلث بين الخالات على خمسة أسهم، والثلثان بين العمات كذلك واجتزأ بأحدهما، واضربها في ثلاثة تكن خمسة عشر: للخالة التي من قبل الأب والأم ثلاثة، وللتي من قبل الأب سهم، وللتي من قبل الأم سهم، وللعمة التي من قبل الأب والأم ستة أسهم، وللتي من قبل الأب سهمان، وللتي من قبل الأم سهمان**).

أما كون المدلى به يجعل كالميت ؛ فلأن جهة اختلاف المنازل منه يظهر بذلك.

وأما كون نصيبه يقسم بينهم على ذلك ؛ فلأنه يجعل كالميت ، والميت يقسم على ورثته بحسب منازلهم . فكذا هذا.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى: كثلاث خالات مفترقات وثلاث عمات مفترقات؛ فبيان لاختلاف منازل ذوي الأرحام من المدلى به؛ لأن الخالات يدلين بالأم، والعمات يدلين بالأب.

وأما قوله: فالثلث ... إلى آخره؛ فبيان لسهم كل جهة وطريق لصحة المسألة . ويتضح ذلك بأن يقسم نصيب المدلى به بين ورثته . فنصيب الأم وهو الثلث بين أخواتها وهن أخت لأبوين وأخت لأب وأخت لأم . وهو المعنيّ بقول المصنف: مفترقات ، ونصيب الأب بين أخواته كذلك . فأصل مسألة ذوي الأرحام هاهنا من ثلاثة؛ لأن فيها ثلثاً وكل واحدٍ من القبيلين مسألته من ستة فترجع بالرد إلى خمسة فسهم كل قبيل لا ينقسم على مسألته ولا يوافق والعددان متماثلان فاضرب أحدهما في ثلاثة تكن خمسة عشر: للخالات ثلثها مقسومة كما ذكر المصنف، وللعمات عشرة مقسومة كما ذكر.

---

(١) في الأصول: متفرقات.

قال: (وإن خلّف ثلاثة أخوال مفترقين: فللخال من الأم السدس، والباقي للخال من الأبوين. وإن كان معهم أبو أم أسقطهم كما يسقط الأب الإخوة. وإن خلّف ثلاث بنات عمومة مفترقين فالمال لبنت العم من الأبوين وحدها).

أما كون الخال من الأم له السدس والباقي للخال من الأبوين فيما إذا خلّف ثلاثة أخوال مفترقين ؛ فلأن الأم لو كانت هي الميتة لأسقط أخوها لأبويها أخاها لأمها . فكذلك من يدلي بها يسقط الأخ للأبوين الأخ لأب.

فعلى هذا المسألة من ستة؛ لأن فيها سدساً: للخال لأمٍ السدس سهم، وللخال لأبوين الباقي خمسة.

وأما كون أبي الأم يسقط الأخوال فيما إذا كان معهم فقد نبّه المصنف رحمه الله تعالى على الموجب لإسقاطهم؛ لأن حكم من يدلي مثل حكم المدلى به، والأب المدلى به يسقط الإخوة فكذا أبو الأم المدلى به يسقط الإخوة.

وأما كون المال لبنت العم من الأبوين وحدها فيما إذا خلّف ثلاث بنات عمومة مفترقين ؛ فلأن كل واحدٍ منهم بمنزلة من تدلي به، وبنت العم لأبوين تدلى به وهو مسقطٌ للعم لأبٍ[1] والعم لأم.

قال: (وإن أدلى جماعة منهم بجماعة قسمت المال بين المدلى بهم كأنهم أحياء. فما صار لكل وارث فهو لمن أدلى به).

أما كون المالَ يقسّم بين المدلى بهم كأنهم أحياء ؛ فلأنهم أصل من أدلي بهم.

وأما كون ما صار لكل وارثٍ لمن أدلى به ؛ فلأنهم ورّاثه.

فإن قيل: ما مثال ما إذا أدلى جماعة بجماعة ؟

قيل: ثلاث بنات أختٍ لأبوين، وثلاث بنات أختٍ لأب، وثلاث بنات أختٍ لأم، وثلاث بنات عم . اقسم المال بين الأخوات والعم وهو المراد بقوله: بين المدلى بهم[2]: فيكون للأخت للأبوين النصف، وللأخت للأب السدس تكملة الثلثين، وللأخت للأم السدس سهم، والباقي وهو سهم للعم . ثم اقسم نصيب كل وارثٍ على ورثته: فنصيب الأخت للأبوين ثلاثة على بناتها صحيح عليهن، ونصيب

(١) ساقط من أ.

(٢) في أ: به.

الأخت للأب سهم على بناتها لا تصح ولا توافق، ونصيب الأخت للأم كذلك، والأعداد متماثلة فاجتزئ ببعضها . فاضرب في أصل المسألة تكن ثمانية عشر: لبنات الأخت للأبوين تسعة لكل بنتٍ ثلاثة، ولبنات الأخت للأب ثلاثة لكل واحدةٍ سهم، ولبنات الأخت للأم كذلك، ولبنات العم كذلك.

قال: (**وإن أسقط بعضهم بعضاً عملت على ذلك**).

أما كون العمل على ذلك؛ فليعلم.

فإن قيل: ما المراد بذلك ؟

قيل: يحتمل أن يراد به العمل على الإسقاط. ويحتمل أن يراد به على نحو ما تقدم.

وأما مثال ذلك: فأن يجعل بدل بنات الأخت لأبوين بنات أخ لأبوين. فالمسألة من ستة: لبنات الأخت لأم سهم، ويسقط بنات الأخت لأب، وبنات العم ؛ لأن الأخ لأبوين يُسقط الأخ لأب والعم . وتصح المسألة من ثمانية عشر أيضاً: لبنات الأخت لأم ثلاثة لكل واحدةٍ سهم، ولبنات الأخ لأبوين[1] خمسة عشر لكل واحدةٍ خمسة.

قال: (**وإن كان بعضهم أقرب من بعض فمن سبق إلى الوارث ورث وأسقط غيره . إلا أن يكونا من جهتين فينزل البعيد حتى يلحق بوارثه سواء سقط به القريب أو لا كبنت بنت بنت، وبنت أخ لأم. المال لبنت بنت البنت**).

أما كون من سبق إلى الوارث يرث؛ فلسبقه.

وأما كونه يسقط غيره إذا كانا[2] من جهةٍ واحدةٍ كبنت بنتٍ، وبنت بنت[3] البنت ؛ فلأن القريب يرث ويسقط البعيد . بدليل: ما لو خلّف ابناً وابنه . فكذا هاهنا.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) في أ: كان.

(٣) ساقط من أ.

وأما كون البعيد ينزل حتى يلحق بوارثه إذا كانا[1] من جهتين كما مثل المصنف رحمه الله تعالى؛ فلأن العبرة بالمدلى به لا بالوارث بطريقه.

وأما كون المال لبنت بنت البنت دون بنت الأخ لأم ؛ فلأنها بمنزلة البنت ، وبنت الأخ بمنزلة الأخ من الأم. ولو خلّف بنتاً وأخاً لأمٍ كان المال كله للبنت دون الأخ.

قال: (والجهات أربع: الأبوّة والأمومة والبنوّة والأخوّة . وذكر أبو الخطاب العمومة جهة خامسة ، وهو مفض إلى إسقاط بنت العم من الأبوين ببنت العم من الأم، وبنت العمة. ولا[2] نعلم به قائلاً).

أما كون الجهات التي يرث بها ذوي الأرحام أربعاً ؛ فلأن المدلى به تارة يكون أباً، وتارة يكون أماً، وتارة يكون ابناً، وتارة يكون أخاً. ولذلك عقب المصنف رحمه الله تعالى ذلك بقوله: الأبوّة إلى الأخوّة.

فإن قيل: لا دلالة فيما ذكر على الحصر.

قيل: الغرض هنا ذكر الجهات التي يرث بها ذوي الأرحام لا الحصر؛ لأن نفي الخامسة بعد يدل على الحصر في الأربع.

فعلى هذا العم يدلي بالأبوّة، والخال يدلي بالأمومة، وبنات البنت بالبنوّة، وبنات الأخت بالأخوّة.

وأما كون العمومة جهةً خامسةً على ما ذكر أبو الخطاب ؛ فلأن العم وارث . فوجب أن يكون جهة ؛ كالأب.

وأما كون ذلك مفضياً إلى إسقاط بنت العم من الأبوين ببنت العم من الأم[3] وبنت العمة ؛ فلأن بنت العم من الأم وبنت العمة تدليان بالأب، وبنت العم من الأبوين تدلي بأبيها وهو عم، والأب يسقط العم.

---

(١) في أ: كان.

(٢) في أ: وما.

(٣) في أ: الأب.

وأما قول المصنف رحمه الله: ولا نعلم به قائلاً؛ فتضعيفٌ لما ذكر أبو الخطاب؛ لأن عدم علمه بذلك مع كثرة اطلاعه يدل على عدم القول به، ويلزم من ذلك محذور.

وفيما قال المصنف رحمه الله نظرٌ من وجهين:

أحدهما: من حيث إن إدلاء بنت العم من الأم وبنت العمة بالأب فيه روايتان. فعلى جعل العمومة جهة لأبي الخطاب أن يقول: لا ننزل من ذكر منزلة الأب فلا يفضي إلى الإسقاط المذكور.

وثانيهما: أن العمومة إذا لم تجعل جهة فبم يورّث بنت العم من الأبوين وبنت العم من الأم والعمة إذا نزلوا منزلة العم. وأجيب عن الثاني بأن الجهة جهة[1] أخوّة؛ لأن العم أخو الأب إلا أنه عدل عن قياس بقية الجهات من حيث إن العبرة بأبوّة الميت وبنوّته وأخوّته.

قال: (ومن أمتّ بقرابتين ورث بهما).

أما معنى أمتّ فأدلى . يقال: متّ[2] بكذا إذا أدلى به.

وأما كون من أمتّ بقرابتين يرث بهما ؛ فلأنه شخص له جهتان لا ترجيح فيهما . فورث بهما؛ كالزوج إذا كان ابن عم، وابن العم إذا كان أخاً من أم.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل مثاله: ابن بنت بنتٍ هو ابن ابن بنتٍ أخرى ، ومعه بنت بنت بنت أخرى: للابن الثلثان، والثلث للبنت.

قال: (وإن اتفق معهم أحد الزوجين أعطيته فرضه غير محجوب ولا معاول وقسّمت الباقي بينهم كما لو انفردوا . ويحتمل أن يقسّم الفاضل عن الزوج بينهم كما يقسّم بين من أدلوا به).

أما كون أحد الزوجين يعطى فرضه؛ فلما تقدم من الآيتين الدالتين عليه.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) في أ: أمتّ.

وأما كونه غير محجوبٍ[1] بذي الرحم ؛ فلأن ميراثه ثابت بالنص فلا يحجب عنه إلا بمثله.

ولأن قوله: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم... الآية﴾ [النساء:١٢] يدل على أنه لا يحجب عنه إلا بالولد، وبنت البنت منتسبة إلى غيره. فلا يدخل في ذلك.

ولأن ذا الرحم لا يرث مع ذي فرض. وإنما ورث معه هاهنا؛ لأن أحد الزوجين لا يرد عليه.

وأما كونه غير معاول؛ فلما ذكر.

وأما كون الباقي يقسم بين ذوي الرحم كما لو انفردوا على المذهب ؛ فلأن صاحب الفرض إذا أخذ فرضه كأنّ الميت لم يخلّف إلا ذلك.

وأما كون الفاضل عن الزوج يحتمل أن يقسّم بينهم كما يقسّم بين من أدلوا به ؛ فلأنه الأصل الذي وقع به إرثهم. وسيتضح بعد إن شاء الله تعالى.

وهذا الخلاف إنما يقع في مسألة فيها من يُدلي بذي فرضٍ ومن يدلي بعصبة . أما إذا أدلى جميعهم بذي فرضٍ أو عصبةٍ فلا خلاف فيه . هكذا ذكر المصنف رحمه الله تعالى في المغني.

قال: (فإذا خلّفت[2] زوجاً وبنت بنت، وبنت[3] أخت: فللزوج النصف، والباقي بينهما نصفين على الوجه الأول، وعلى الآخر يقسّم بينهما على ثلاثة: لبنت البنت سهمان، ولبنت الأخت سهم).

أما كون الباقي بين بنت البنت وبنت الأخت نصفين على الوجه الأول ؛ فلأن بنت البنت لها النصف وبنت الأخت لها الباقي وهو النصف . فالمسألة أصلها من اثنين وتصح من أربعة: للزوج سهمان[4]، ولبنت البنت سهم، ولبنت الأخت سهم.

---

(١) في أ: وأما كونه يحجب.

(٢) في أ: خلّف.

(٣) ساقط من أ.

(٤) في أ: اثنان.

وأما كونه بينهما على ثلاثةٍ على الآخر ؛ فلأن من أدلوا به بنت وأخت ومعهما زوج: فللزوج الربع، وللبنت النصف، وللأخت الباقي وهو الربع. فالبنت تدلي بمثل الأخت فيقسّم الفاضل على الزوج بين بنت البنت، وبنت الأخت أثلاثاً . فالمسألة أصلها من اثنين وتصح من ستة: للزوج ثلاثة، ولبنت البنت سهمان، ولبنت الأخت سهم.

قال: (ولا يعول من مسائل ذوي الأرحام إلا مسألة واحدة وشبهها وهي: خالةٌ وست بنات ست أخوات مفترقات تعول إلى سبعة).

أما كون مسائل ذوي الأرحام غير المستثنى لا يعول منها شيء فمعلوم بالسبْر.

وأما كون المستثنى يعول فيه: أما في المسألة ؛ فلأن الخالة لها السدس؛ لأنها تدلي بالأم، وفرض الأم مع الإخوة السدس، ولبنات الأختين من الأبوين الثلثان، ولبنات الأختين لأم الثلث . فأصلها[1] من ستة وتعول إلى سبعة.

وأما في شبهها؛ فلأن العول ليس مختصاً بعين هذه المسألة بل تجري فيها وفي كل مسألةٍ فيها من يقوم مقام الأم أو الجدة. ومن يقوم مقام الأخوات المفترقات ممن يأخذ المال كله بالفرض، ولهذا قال المصنف: إلا مسألة واحدة وشبهها.

إذا تقرر العول؛ فالمسألة المذكورة من سبعة. واعلم أنها تصح منها إن كانت البنات بنتي أختين لأبوين، وبنتي أختين لأم، وبنتي أختين لأب: لولد الأبوين الثلثان أربعة لكل واحدةٍ سهمان، ولولد الأم سهمان لكل واحدةٍ سهم، وللخالة سهم.

---

(١) في أ: ولبنات الأخت لأبوين الثلثان ولبنات الأخوات لأم الثلث وأصلها.

باب ميراث الحمل

الأصل في ميراث الحمل ولداً كان أو غيره: عموم الأدلة المقتضية للإرث.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (إذا مات عن حمل يرثه وطالب بقيّة الورثة بالقسمة وقفت له نصيب ذكرين إن كان نصيبهما أكثر، وإلا وقفت نصيب أنثيين، ودفعت إلى من لا يحجبه الحمل أقل ميراثه. ولا يدفع إلى من يُسقطه شيئاً).

أما كون قاسم تركة الميت عن حملٍ يقف للحمل نصيب اثنين ؛ فلأن ولادة التوأمين كثير معتاد . فلم يجز النقصان عنه؛ لأنه معتاد. ولا الزيادة عليه؛ لأنه نادر وإذا كان كذلك تعين ما ذكر.

وأما كون النصيب المذكور نصيب ذكرين إن كان أكثر من نصيب أنثيين وإلا نصيب[1] أنثيين؛ فلأنه قد يكون صاحب الأكثر فيتعين وقفه له.

فإن قيل: ما مثال كون نصيب ذكرين أكثر ؟

قيل: كثير . من ذلك: رجل مات عن امرأةٍ وابنٍ وحملٍ؛ لأن مسألته من ثمانية وتصح من أربعة وعشرين: للذكرين أربعة عشر، وذلكً أكثر من نصيب أنثيين.

فإن قيل: ما مثال كون نصيب الأنثيين أكثر ؟

قيل: رجل مات عن امرأةٍ وأبوين وحملٍ؛ لأن مسألته من أربعة وعشرين وتصح من سبعة وعشرين: للأنثيين منها ستة عشر، وذلك أكثر من نصيب ذكرين.

فإن قيل: ما يشترط في وقف النصيب للحمل ؟

قيل: أمران : أحدهما: أن يكون الحمل ممن يرث . فإن كان ممن لا يرث لم القاسم له شيئاً؛ لأنه لا شيء له.

---

(١) ساقط من أ.

وثانيهما: أن يطلب بقية الورثة قسم التركة؛ لأنهم إذا لم يطلبوا ذلك بقي الأمر على ما هو عليه حتى تضع المرأة الحمل.

وأما كون قاسم التركة يدفع إلى من لا يحجبه الحمل أقل ميراثه ؛ فلأنه اليقين ، وما زاد مشكوك فيه.

والمراد بقول المصنف رحمه الله: من لا يحجبه من لا يسقطه لا من لا ينقصه لقوله بعد: ولا يدفع إلى من يسقطه شيئاً.

ولأن من لا ينقصه ليس لمن معه أقل من ذلك أو أكثر.

فإن قيل: ما مثال من لا يحجبه ومثال من لا ينقصه ؟

قيل: أما الأول فرجلٌ مات عن امرأةٍ وحملٍ؛ لأن بتقدير خروج الحمل حياً للمرأة الثمن، وبتقدير خروجه ميتاً لها الربع، والثمن أقل من الربع فيدفع إليها الثمن لا الربع. وأما الثاني فالمسألة المتقدم ذكرها أولاً، لأن فيها ابناً، وللمرأة معه الثمن وُلِدَ الحمل حياً أوْ لا.

وأما[1] كونه لا يدفع إلى من يسقطه شيئاً ؛ فلأن الظاهر خروج الحمل حياً وهو يسقط الموجود فلم يدفع إليه مع الشك في استحقاقه.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: مثاله رجلٌ مات وخلّف ثلاث أخوات مفترقاتٍ وامرأةً وحملاً؛ لأن الولد الذكر يسقط الأخوات من كل جانبٍ، والحمل يحتمل كونه ذكراً.

قال رحمه الله: (فإذا وُضع الحمل دفعتَ إليه نصيبه ورددت الباقي إلى مستحقه).

أما كون القاسم يدفع نصيب الحمل إليه إذا وضعته أمه ؛ فلأن ذلك حقه.

وأما كونه يرد الباقي إلى مستحقه ؛ فلأن ذلك حقهم .

واعلم أنه تارة لا يفضل عن نصيب الحمل الموقوف له شيء ؛ كما لو ظهر الحمل ذكرين في الأولى وأنثيين في الثانية؛ لأن المسألتين تصحان على ما كانتا عليه، وتارة يفضل منه؛ كما لو ظهر ذكراً في الأولى والثانية؛ لأن الأولى تصح من ستة

(١) من هنا سقط قدر سبع لوحات من أ.

عشر: للمرأة سهمان، ولكل ابنٍ سبعةٍ. والثانية من أربعة وعشرين: للمرأة ثلاثة، وللأبوين ثمانية، وللحمل ثلاثة عشر.

فصل [متى يرث المولود]

قال المصنف رحمه الله: (وإذا استهلّ المولود صارخاً وَرِثَ ووُرِّثَ . وفي معناه: العطاسُ والتنفسُ والارتضاعُ وما يدل على الحياة. فأما الحركة والاختلاج فلا تدل على الحياة).

أما كون المولود يرثُ إذا استهلّ صارخاً ؛ فلأن أبا هريرة رضي الله عنه روى عن النبي ﷺ أنه قال: « إذا استَهَلّ المولودُ وُرِّثَ »[1] رواه أبو داود.

وعن جابر مثله . رواه ابن ماجة[2].

فإن قيل: ما معنى استهلّ المولود؟

قيل: صاح عند الولادة . قاله الجوهري.

فإن قيل: لم قال المصنف: استهلّ صارخاً ؟

قيل: لينبّه بذلك على حياة الحمل . وفيه نظر؛ لأن صارخاً إن جعل حالاً كان فيه إشعارٌ بانفكاك الاستهلال عنه، وإن جعل مميزاً فكذلك؛ لأنه لا يأتي إلا بعد ما يحتمل الأمرين. والتفسير المتقدم ذكره يأباه.

وأما كونه يورث إذا استهل ؛ فلأن المصحح للإرث الحياة . فكذا يجب أن يكون في كونه موروثاً.

وأما العطاسُ والتنفسُ والارتضاعُ وما يدل على الحياة في معنى الاستهلال ؛ فلأن من اتصف بما ذُكر حي . فيثبت له أحكام الحياة ؛ كالمستهل.

وأما كون الحركة والاختلاج لا تدل على الحياة ؛ فلأن ذلك يحصل من المذبوح.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩٢٠) ٣: ١٢٨ كتاب الفرائض، باب في المولود يستهل ثم يموت.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٥١) ٢: ٩١٩ كتاب الفرائض، باب إذا استهل المولود ورث.

ولأن اللحم يختلج لا سيما إذا خرج من مكان ضيق يضم أجزاؤه إلى مكان فسيح.

قال رحمه الله: (وإن ظهر بعضه فاستهلّ ثم انفصل ميتاً لم يرث . وعنه: يرث).

أما كون من ذكر لا يرث في روايةٍ؛ فلأنه لم يخرج جميعه حياً . أشبه ما لو مات قبل خروج شيء منه.

وأما كونه يرث في روايةٍ ؛ فلعموم قوله ﷺ: « إذا استَهَلّ المولودُ وُرِّثَ »[1].

قال رحمه الله: (وإن ولدت توأمين فاستهلّ أحدهما وأشكل: أقرع بينهما. فمن خرجت قرعته فهو المستهل).

أما كون التوأمين يقرع بينهما إذا استهلّ أحدهما وأشكل ؛ فلأنه لا مزية لأحدهما على الآخر . فشرعت القرعة ؛ كما لو أعتق أحد العبدين.

وأما قول المصنف رحمه الله: وأشكل ؛ فمشعرٌ بأن التوأمين إذا استهلّ أحدهما تارة يشكل أمر ميراث المستهل؛ كما لو كانا ذكراً وأنثى وليسا بولدي أم، وتارة لا يشكل؛ كما لو كانا ذكرين أو أنثيين أو ذكراً أو أنثى وهما ولدا أم؛ لأن ميراث الذكر في غير ولدي الأم أكثر من ميراث الأنثى . بخلاف الذكر مع الذكر والأنثى مع الأنثى، وبخلاف الذكر مع الأنثى في ولدي الأم؛ لأنهما سواء.

وأما كون المستهل من خرجت له القرعة ؛ فلأن ذلك فائدتها.

ولأنه لو أقرع بين العبدين اللذين أعتق أحدهما لكان الذي خرجت له القرعة هو المعتق . فكذا إذا أقرع بين التوأمين يكون من خرجت له القرعة هو المستهل.

(١) سبق تخريجه ص: ٣٩٢.

باب ميراث المفقود

قال المصنف رحمه الله: (وإذا انقطع خبره لغيبة ظاهرُها السلامة؛ كالتجارة ونحوها: انتُظر به تمام تسعين سنة من يوم ولد. وعنه: ينتظر أبداً. وإن كان ظاهرها الهلاك؛ كالذي يُفقد من بين أهله، أو في مفازة مهلكة؛ كالحجاز، أو بين الصفين حال الحرب، أو في البحر إذا غرقت سفينته: انتُظر به تمام أربع سنين ثم يقسم ماله. وعنه: التوقف).

أما كون من انقطع خبره لغيبةٍ ظاهرُها السلامة كما مثل المصنف رحمه الله تعالى ينتظر به تمام تسعين سنة منذ ولد على المذهب؛ فلأن الأصل الحياة، والغالب أنه لا يعيش أكثر من ذلك.

وأما كونه ينتظر أبداً على رواية؛ فلأن الأصل حياته.

ولأن التقدير لا يصار إليه إلا بتوقيفٍ، ولا توقيف هنا.

وأما كون من كانت غيبته ظاهرها الهلاك كما مثل المصنف رحمه الله ينتظر به تمام أربع سنين ثم يقسم ماله على المذهب؛ فلأن الصحابة اتفقت على تزويج امرأته. وإذا ثبت ذلك في النكاح مع الاحتياط للأبضاع. ففي المال أولى.

ولأن الظاهر هلاكه. أشبه ما لو مضت مدة لا يعيش في مثلها.

وأما كونه يتوقف فيه على روايةٍ؛ فلأن حياته وموته متعارضان. فوجب التوقف.

قال رحمه الله: (فإن مات موروثه في مدة التربص: دفع إلى كل وارث اليقين ووقف الباقي. فإن قدم أخذ نصيبه وإن لم يأت فحكمه حكم ماله. ولباقي الورثة أن يصطلحوا على ما زاد عن نصيبه فيقتسموه).

أما كون اليقين فيما ذكر يدفع إلى كل وارثٍ؛ فلأنه مستحقٌ له على كل تقدير.

وأما كون الباقي يوقف ؛ فلأنه لا يعلم مستحقه . أشبه الذي ينقص نصيبه بالحمل.

فإن قيل: ما مثال ذلك ؟

قيل: زوجٌ وأمٌ وأختٌ وجدٌ وأخٌ مفقود . مسألة موته من سبعة وعشرين؛ لأنها الأكدرية، ومسألة حياته من ثمانية عشر سهماً موافقة بالأتساع . فاضرب تسع أحدهما في الأخرى تكن أربعة وخمسين: للزوج النصف من مسألة الحياة، والثلث من مسألة الموت فيعطى الثلث؛ لأنه اليقين، وللأم التسعان من مسألة الموت، والسدس من مسألة الحياة فتعطى السدس، وللجد ستة عشر سهماً من مسألة الموت، وتسعة من مسألة الحياة فيعطى التسعة، وللأخت ثمانية من مسألة الموت، وثلاثة من مسألة الحياة فتعطى ثلاثة، ويبقى خمسة عشر موقوفةٌ للمفقود بتقدير حياته ستة، وتسعة زائدة عن نصيبه.

وأما كون المفقود إذا قدم يأخذ نصيبه ؛ فلأنه وُقف من أجله، وهو المستحق له . فوجب أن يأخذه ؛ كما لو كان غير مفقودٍ عند الموت.

وأما كون حكم نصيبه حكم ماله إذا لم يأت ؛ فلأنه محكوم له به . أشبه سائر ماله.

وأما كون باقي الورثة لهم أن يصطلحوا على ما زاد عن نصيبه فيقتسموه ؛ فلأنه حقهم لا يخرج عنهم.

فعلى هذا للزوج وللأم والأخت والجد في المسألة المذكورة قبل أن يصطلحوا على التسعة المتقدم ذكرها ؛ لأنها زائدة عن نصيب الأخ المفقود.

باب ميراث الخنثى

قال المصنف رحمه الله: (وهو الذي له ذكرٌ وفرج امرأة . فيعتبر بمباله. فإن بال ، أو سبق بوله من ذكره فهو رجل. وإن سبق من فرجه فهو امرأة. وإن خرجا معاً اعتبر أكثرهما).

أما قول المصنف رحمه الله: وهو ... إلى امرأةٍ؛ فبيان لمعنى الخنثى.

وقال في المغني: أو ثُقْبٌ في مكان الفرج يخرج منه البول . كأنه لم يعتبر نفس الفرج بل أحد أمرين: إما الفرج أو ثقباً كما ذكر.

وأما كون الاعتبار بمباله ؛ فلأن ابن المنذر قال: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الخنثى يورّث من حيث يبول: إن بال من حيث يبول الرجل فهو رجل ، وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة.

وروي عن النبي ﷺ « أنه سئلَ عن مولودٍ له قبل وذكرٌ من أين يورّث ؟ قال: من حيثُ يَبول »[1].

ولأنه يروى عن علي ومعاوية[2].

ولأن البول أعم العلامات؛ لوجوده صغراً وكبراً.

وأما كونه رجلاً إذا بال من ذكره، وامرأة إذا بال من فرجه؛ فلما تقدم ذكره.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٦١ كتاب الفرائض، باب ميراث الخنثى.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٢٤) عن معاوية و(١٢٥) عن علي ١: ٦٢-٦٣ باب ما جاء في الخنثى.

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٩٢٠٤) ١٠: ٣٠٨ كتاب الفرائض، خنثى ذكر. عن علي.

وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٣٥٥) ٦: ٢٨٠ كتاب الفرائض، في الخنثى يموت كيف يورث. عن علي.

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٦١ كتاب الفرائض، باب ميراث الخنثى. عن علي.

وأخرجه الدارمي في سننه (٢٩٦٦-٢٩٦٦) ٢: ٢٤٩ كتاب الفرائض، باب في ميراث الخنثى. عن علي.

وأما كونه رجلاً إذا سبق بوله من ذكره، وامرأة إذا سبق من فرجه ؛ فلأنه روي عن النبي ﷺ « أنه أتي بخنثى من الأنصار . فقال: ورِّثوه من أول ما يبول منه ».

وأما كونه يعتبر أكثرهما إذا خرجا معاً ؛ فلأن للكثرة مزية لإحدى العلامتين. فوجب اعتبارها ؛ كالسبق.

قال رحمه الله: (فإن استويا فهو مشكل. فإن كان يرجى انكشاف حاله وهو الصغير أعطي هو ومن معه اليقين ، ووُقف الباقي حتى يبلغ فيظهر فيه علامات الرجال: من نبات لحيته، وخروج المني من ذكره. أو علامات النساء: من الحيض ونحوه).

أما كون الخنثى مشكلاً إذا استويا فيما تقدم ذكره من وجود البول فيهما ، وعدم السبق ، وكثرته في أحدهما ؛ فلأنه حينئذٍ لا مزية لأحد أمريه على الآخر.

وأما كونه يُرجى انكشاف حاله ؛ فلأنه تارة يكون صغيراً فيُرجى زوال إشكاله بما ذكره المصنف رحمه الله، وتارة كبيراً لا يُرجى ذلك.

وأما كون من يُرجى انكشاف حاله يعطى هو ومن معه اليقين، ويوقف الباقي حتى يبلغ فيظهر فيه العلامات المذكورة ؛ فلما ذكر في مسألة الحمل.

وأما كونه ينكشف حاله بالعلامات المذكورة ؛ فلأن كل علامةٍ منها مختصة بصاحبها . فوجب أن يكون الحكم لها ، وحينئذٍ ينكشف حاله . فيزول الإشكال.

قال رحمه الله: (وإن يئس من ذلك بموته ، أو عدم العلامات بعد بلوغه : أعطي نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى).

أما كون الخنثى يُيأس من انكشاف حاله بالموت؛ فظاهر.

وأما كونه يُيأس من ذلك بعدم العلامات بعد البلوغ ؛ فلأنه إذا بلغ ولم يوجد شيء من العلامات التي ذكرها المصنف رحمه الله لا يعلم كونه رجلاً أو امرأة لوجود السبب الموجب لكونه رجلاً أو امرأة السالم عما يعارضه.

وأما كونه يُعطى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى ؛ فلأنه قول ابن عباس، ولم يعرف له في الصحابة منكر.

ولأن حاليه تساويا . فوجب التسوية بين حكميهما؛ كما لو تداعى نفسان داراً بأيديهما ولا بينة لهما.

ولأنه إذا لم يورّث بذلك: فإما أن يورّث بأسوء حاليه، وإما أن يوقف. والأول باطل؛ لأنه ليس بأولى من توريث من معه بذلك فتخصيصه لا دليل عليه. والثاني باطل؛ لأنه لا غاية له تنتظر. وفيه تضييع المال مع يقين استحقاق الورثة له.

قال رحمه الله: (فإذا كان مع الخنثى بنتٌ وابنٌ جعلتَ للبنت أقل عدد له نصف وهو سهمان، وللذكر أربعة، وللخنثى ثلاثة . وقال أصحابنا: تعمل المسألة على أنه ذكر ثم على أنه أنثى ثم تضرب أحدهما أو وفقها في الأخرى إن اتفقتا، وتجتزئ بأحدهما إن تماثلتا أو بأكثرهما إن تناسبتا، وتضربها في اثنين . ثم من له شيء من إحدى المسألتين مضروب في الأخرى أو في وفقها أو تجمع ما له منهما إن تماثلتا).

أما كون البنت يجعل لها أقل عدد له نصف وهو قول القاضي واختيار المصنف ؛ فلأن الخنثى له نصف ميراثها. فلم يكن بد مما ذكر؛ ليخرج النصف المذكور بلا كسر.

وأما كون ذلك سهمين؛ فظاهر.

وأما كون الذكر له أربعة ؛ فلأن له مثلي ما للأنثى.

وأما كون الخنثى له ثلاثة ؛ فلأن له نصف ميراث أنثى وهو سهم ونصف ميراث ذكر وهو سهمان.

وأما كون المسألة تُعمل على أنه ذكرٌ ثم على أنه أنثى على قول أصحابنا ؛ فلأنه له حالين. فلم يكن بُدٌّ من اعتبارهما.

وأما كون أحدهما يضرب في الأخرى إن تباينتا ويضرب وفق أحدهما في الأخرى إن اتفقتا ويجتزئ بأحدهما إن تماثلتا أو بأكثرهما إن تناسبتا؛ فلما تقدم في مسألة غير الخنثى.

وأما كون ما بلغ من ذلك على اختلاف أنواعه يضرب في اثنين فلأجل الحالين.

فإن قيل: ما مثال المسائل المذكورة ؟

قيل: أما مع التباين فابنٌ وبنتٌ وخنثى . مسألة الذكورية من خمسة ، والأنوثية من أربعة . اضرب خمسة في أربعة تكن عشرين، ثم في اثنين تكن أربعين: للخنثى من مسألة الذكورية اثنان في أربعة بثمانية. ومن مسألة الأنوثية سهم في خمسة بخمسة المجموع ثلاثة عشر.

وأما مع التوافق فزوجٌ وأمٌ وولد أبٍ خنثى . مسألة الذكورية من ستة: للزوج النصف، وللأم الثلث، والباقي لولد الأب. ومسألة الأنوثية من ثمانية: للزوج والأم ما ذكر قبل، ولولد الأب النصف ثلاثة، وبين الستة والثمانية موافقة بالأنصاف فاضرب ستة في أربعة تكن أربعة وعشرين، ثم في حالين تكن ثمانية وأربعين: للزوج من مسألة الذكورية ثلاثة في أربعة باثني عشر. ومن مسألة الأنوثية ثلاثة في ثلاثة بتسعة، ومجموع ذلك أحد وعشرون، وللأم من مسألة الذكورية سهمان في أربعة بثمانية. ومن مسألة الأنوثية سهمان في ثلاثة بستة، والمجموع أربعة عشر، وللخنثى من مسألة الذكورية سهم في أربعة بأربعة. ومن مسألة الأنوثية ثلاثة في ثلاثة بتسعة، والمجموع ثلاثة عشر.

وأما مع التماثل فزوجةٌ وولدٌ خنثى وعمٌ . مسألة الذكورية من ثمانية؛ لأن فيها ثمناً وما بقي. ومسألة الأنوثية كذلك؛ لأن فيها ثمناً ونصفاً وما بقي فاجتزئ بأحدهما ثم اضربها في حالين تكن ستة عشر: للزوجة منها سهمان، وللخنثى من الأولى سبعة، ومن الثانية أربعة صار ذلك أحد عشر، وللعم من الثانية ثلاثة، ولا شيء له من الأولى؛ لأن كون الخنثى ذكراً يسقطه.

وأما مع التناسب فأمٌ وبنتٌ وولدٌ خنثى وعمٌ . مسألة الذكورية من ستة، وتصح من ثمانية عشر. ومسألة الأنوثية من ستة، وتصح منها وهي تناسب الأولى بالثلث فاجتزئ بأكثرهما وهو هنا ثمانية عشر، ثم اضرب ذلك في حالين تكن ستة وثلاثين، ثم من له شيء من أقل العددين مضروبٌ في مخرج نسبة أقل المسألتين إلى الأخرى، ثم تضاف إلى ماله من أكثرهما.

فعلى هذا للأم من مسألة الأنوثية سهم مضروب في مخرج نسبتها إلى مخرج مسألة الذكورية وهو ثلاثة تكن ثلاثة، ثم يضاف ذلك إلى ما لها من مسألة الذكورية وهو ثلاثة تكن ستة، وللبنت منها سهمان مضروبان في ثلاثة تكن ستة،

ثم يضاف ذلك إلى ما لها من مسألة الذكورية وهو خمسة تكن أحد عشر، وللخنثى من مسألة الأنوثية سهمان مضروبان في ثلاثة تكن ستة، ثم يضاف إلى ما له من مسألة الذكورية وهو عشرة تكن ستة عشر، وللعم من مسألة الأنوثية سهم مضروب في ثلاثة تكن ثلاثة، ولا شيء له من مسألة الذكورية؛ لأن الذكر يحجبه.

وأما قول المصنف رحمه الله: ثم من له شيء من إحدى المسألتين مضروب في الأخرى أو في وفقها؛ فبيان لطريق استخراج نصيب كل واحدٍ في مسألتي التباين والتوافق. وقد اتضح ذلك بما ذكرته في كل واحدةٍ منها.

وأما قوله: أو تجمع ماله منهما إن تماثلتا؛ فبيان لطريق استخراج نصيب كل واحدٍ في مسألة التماثل. وقد اتضح ذلك أيضاً بما ذكرته فيها. ولم يذكر المصنف رحمه الله طريق استخراج نصيب كل واحدٍ في مسألة التناسب وقد ذكرته فتنبّه له واعمل به.

قال رحمه الله: (وإن كانا خنثيين أو أكثر نزّلتهم بعدد أحوالهم. وقال أبو الخطاب: تنزّلهم حالين: مرة ذكوراً، ومرة إناثاً. والأول أولى).

أما كون الخنثيين أو أكثر ينزّلون بعدد أحوالهم على قول غير أبي الخطاب؛ فلأنه أعدل؛ لإعطاء كل واحدٍ بحسب ما فيه من الاحتمال. فتجعل للاثنين أربعة أحوال، وللثلاثة ثمانية، وللأربعة ستة عشر، وللخمسة اثنان وثلاثون حالاً، ثم تجمع ما لهم في الأحوال كلها وتقسم على قدر أحوالهم. مثال ذلك في الخنثيين: ابن وخنثيان. مسألة الذكورية من ثلاثة لكل خنثى سهم. ومسألة الأنوثية من أربعة لكل خنثى سهم. ومسألة ذكورية أحدهما وأنوثية الآخر من خمسة: للمقدر ذكوريته سهمان، وللآخر سهم وبالعكس فاجتزئ بإحدى الصورتين المقدّر فيها ذكورية أحدهما وأنوثية الآخر؛ لتماثلهما، واضرب بقية الأحوال بعضها في بعض؛ لتباينها تكن ستين، ثم اضرب ذلك في عدد الأحوال تكن مائتين وأربعين. وإذا أردت القسمة فاجمع نصيب الخنثيين في الأحوال الأربعة من الستين تجده مائة واثنين وأربعين؛ لأن لهما في حال الذكورية ثلثي المال وهو أربعون، وفي حال الأنوثية نصف المال وهو ثلاثون، وفي حال يكون أحدهما ذكراً والآخر أنثى ثلاثة أخماس المال وهو ستة وثلاثون، ومن الحال الأخرى كذلك. وإذا جمعت ذلك

يكون المجموع ما ذكر، ثم اقسم ذلك على أربعة تكن خمسة وثلاثين ونصفاً: لكل واحدٍ سبعة عشر ونصف وربع، ثم اضرب نصيب كل واحدٍ في أربعة يصبح لكل خنثى أحد وسبعون، وللابن ثمانية وتسعون . وعلى هذا فقس.

ومثال ذلك في ثلاث خناثى: ابنٌ وثلاث خناثى . مسألة الذكورية من أربعة، والأنوثية من خمسة، وذكورية الأكبر وأنوثية الآخرين من ستة، وذكوريته وذكورية الأوسط وأنوثية الآخر من سبعة، وذكوريته وذكورية الأصغر وأنوثية الأوسط من سبعة، وأنوثية الأكبر وذكورية الآخرين من سبعة، وأنوثية الأكبر والأوسط وذكورية الآخر من ستة، وأنوثيته وأنوثية الأصغر وذكورية الأوسط من ستة . اجتزئ بالستة عما يماثلها وكذا السبعة يبقى أربعة وخمسة وستة وسبعة اضرب بعضها في بعض تكن أربعمائة وعشرين . ثم اضرب ذلك في ثمانية تكن ثلاثة آلاف وثلثمائة وستين. وإذا أردت القسمة فاجمع نصيب الخناثى من الأحوال كلها تكن ألفين وثلثمائة وسبعة؛ لأن لهم من مسألة الذكورية ثلاثة أرباع المال وهو من أربعمائة وعشرين ثلثمائة وخمسة عشر. ومن مسألة الأنوثية ثلاثة أخماسه وهو مما ذكر مائتان واثنان وخمسون. ومن مسألة ذكورية الأكبر فقط ثلثاه وهو مائتان وثمانون. ومن مسألة ذكوريته وذكورية الأوسط خمسة أسباعه وهو ثلثمائة. ومن مسألة ذكوريته وذكورية الأصغر كذلك. ومن مسألة أنوثيته فقط كذلك. ومن مسألة أنوثيته وأنوثية الأوسط ثلثاه. ومن مسألة أنوثيته وأنوثية الأصغر كذلك. وإذا جمعت ذلك يكون المجموع ما ذكر، ثم اقسم ذلك على ثمانية تكن مائتين وثمانية وثمانين وربعاً وثمناً لكل خنثى ستة وتسعون وثمن . ثم اضرب ذلك في ثمانية يكن سبعمائة وسبعة وستين، وللابن ألف وثلاثة وخمسون.

وأما كونهم ينزلون حالين فقط على قول أبي الخطاب ؛ فلأنه هكذا في الواحد فكذا فيما زاد عليه . وعمل أبو الخطاب الأولى في التهذيب فقال لهما في حال الذكورية ثلثا المال، وفي حال الأنوثية نصفه فاجمع لهما نصف ذلك وهو ثلث المال وربعه، وتصح من أربعةٍ وعشرين: لكل خنثى سبعة، وللابن عشرة. وعمل الثانية فقال : لهم في حال الذكورية: ثلاثة أرباع المال. وفي حال الأنوثية: ثلاثة

أخماسه فاجمع لهم نصف ذلك يكن ربع المال وثمنه وخمسه وعشره. وتصح من ثمانين: لكل خنثى ثمانية عشر، وللابن ستة وعشرون . وعلى هذا فقس.

باب ميراث الغرقى ومن عمي موتهم

الغرقى جمع غريق. ومعنى عَمِيَ: خَفي . وفيه حذف تقديره: ومن عمي كيفية موتهم. والمراد بهم: ما أشبه الغرقى من الهدمى وغيرهم.

قال المصنف رحمه الله: (إذا مات متوارثان وجهل أولهما موتاً؛ كالغرقى والهدمى واختلف ورّاثهما في السابق منهما فقد نقل عن أحمد رحمه الله في امرأة وابنها ماتا . فقال زوجها: ماتت فورثناها، ثم مات ابني فورثته. وقال أخوها: مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها: أنه يحلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه، ويكون ميراث الابن لأبيه، وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين . ذكرها الخرقي . وهذا يدل على أنه يقسّم ميراث كل ميت للأحياء من ورثته دون من مات معه . وظاهر المذهب: أن كل واحد من الموتى يرث صاحبه من تلاد ماله دون ما ورثه من الميت معه).

أما كون ميراث كل ميتٍ يقسّم للأحياء من ورثته دون من مات معه على ما ذكره الخرقي رحمه الله في المسألة المذكورة الدالة عليه ؛ فلأنه يروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه وزيد وابن عباس والحسن بن علي رضي الله عنهم.

وأما كون كل واحدٍ من الموتى يرث صاحبه على ظاهر المذهب من تلاد ماله وهو ماله بالأصالة دون ما ورثه من الميت معه. وتسمى طارفة ؛ فلأنه قول عمر وعلي.

قال الشعبي: « وقع الطاعون بالشام عام عمواس فجعل أهل البيت يموتون عن آخرهم . فكتب إلى عمر في ذلك فكتب: أن ورثوا بعضهم من بعض »[1].

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٢) ١: ٨٥ كتاب الفرائض، باب الغرقى والحرقى.

ولأنه يروى عن إياس بن عبد المزني «أن النبي ﷺ سئلَ عن قوم وقع عليهم بيت . فقال: يرث بعضهم بعضاً »[1].

وأجاب بعض أصحابنا عن قول أحمد رحمه الله في امرأة وابنها بأنه يحتمل اختصاصه بما إذا ادعى وارث كلِّ ميتٍ بأن موروثه كان آخرهما موتاً؛ لأن مع التداعي تتوجه اليمين على المدعى عليه.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله ترجيح توريث الأحياء . واحتج في المغني بأمور:

منها: أن قتلى اليمامة وصفين والحرة لم يورّث بعضهم من بعض.

ومنها: ما روى جعفر بن محمد عن أبيه : « أن أم كلثوم بنت علي رضي الله عنه توفيت هي وابنها . فالتقت الصيحتان في الطريق. فلم يدر أيهما مات قبل صاحبه . فلم ترثه و لم يرثها »[2].

ومنها: أن شرط التوارث حياة الوارث بعد موت الموروث وهو غير معلوم. فلا يثبت التوارث مع الشك في شرط.

ولأنه لم تعلم حياته حين موت موروثه. فلم يرثه ؛ كالحمل إذا وضعته ميتاً.

ولأن الأصل عدم التوارث. فلا يثبت بالشك.

ولأن توريث كل واحدٍ منهم خطأ يقيناً؛ لأنه يحتمل أن يكون مَوْتُهما معاً.

وقال جواباً عن حديث إياس المتقدم: الصحيح أن هذا إنما هو عن إياس نفسه وأنه هو المسؤول. وليس يروى عن النبي ﷺ هكذا[3]. رواه سعيد في سننه.

قال: (**فيقدر أحدهما مات أولاً ويورّث الآخر منه، ثم يقسّم ما ورثه منه على الأحياء من ورثته، ثم يصنع بالثاني كذلك. فعلى هذا لو غرق أخوان أحدهما**

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٣٤) الموضع السابق.
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٩١٥٩) ١٠: ٢٩٧ كتاب الفرائض، باب الغرقى.
وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٣١٣٢٩) ٦: ٢٧٧ كتاب الفرائض، في الغرقى من كان يورث بعضهم من بعض.

(٢) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٤٠) ١: ٨٦ كتاب الفرائض، باب الغرقى والحرقى.

(٣) ر تخريج الحديث السابق.

مولى زيد والآخر مولى عمرو صار مال كل واحد منهما لمولى الآخر. وعلى القول الأول مال كل واحدٍ منهما لمولاه . وهو أحسن إن شاء الله تعالى).

أما قول المصنف: فيقدر ... إلى قوله: كذلك؛ فبيان لصفة توريث كل واحدٍ من الموتى.

وأما قوله: فعلى هذا ... إلى آخره؛ فبيان لصورة من صور الحكم المذكور. وإنما كان الأمر كذلك؛ لأنه إذا قدّر موت مولى زيد أوّلاً استحق ميراثه أخوه ثم يدفع ذلك إلى ورثته الأحياء وهو مولاه. فصار مال مولى زيدٍ لعمروٍ . وهكذا يقدر في مولى عمرو.

وأما قوله: وعلى القول الأول مال كل واحد لمولاه؛ فبيان لما يتفرع على القول المذكور. والمراد به ما تقدم من أنه يقسّم ميراث كل ميتٍ للأحياء من ورثته دون من مات معه. وإنما كان مال كل واحدٍ لمولاه على ذلك؛ لأن الحي من ورثته مولاه.

وأما قوله: وهو أحسن إن شاء الله؛ فترجيح لذلك. وقد تقدم نقلاً ودليلاً.

فإن قيل: اذكر من مسائل ذلك شيئاً للإيضاح.

قيل: منها: ما إذا خلّف كل واحدٍ من الأخوين المذكورين بنتاً وزوجةً . فمن لم يورث بعضهم من بعضٍ صحح مسألة كل واحدٍ من ثمانية: لامرأته الثمن، ولابنته النصف، والباقي لمولاه. ومن ورثهم جعل الباقي لأخيه، ثم قسّمه بين ورثة أخيه على ثمانية، ثم اضربها في الثمانية الأولى . فصحت من أربعة وستين: لامرأته ثمانية، ولابنته اثنان وثلاثون، ولامرأة أخيه ثمن الباقي ثلاثة، ولابنته اثنا عشر، ولمولاه الباقي تسعة.

ومن ذلك: أخوان غرقا أحدهما أكبر من الآخر، وخلّف الأكبر بنتاً، والأصغر بنتين، ولهما أمٌ وعمٌ . فمن ورث كل واحدٍ من صاحبه قدّر موت الأكبر أوّلاً . فماله بين ورثته وهم: بنته وأمه وأخوه، ولا شيء لعمه. المسألة من ستة: لأمه سهم، ولابنته ثلاثة، ولأخيه سهمان بين ورثته وهم: ابنتاه وأمه وعمه مسألته من ستة وسهمان على ستة لا تصح وتوافق بالأنصاف فاضرب ستة في ثلاثة تكن ثمانية عشر: لأمه ثلاثة، ولابنته تسعة، ولأخيه ستة: لأمه سهم، ولابنتيه أربعة، ولعمه

سهم. ثم قدّر موت الأصغر أولاً مسألته من ستة: لابنتيه أربعة، ولأمه سهم، ولأخيه الباقي وهو سهم بين ورثته وهم: أمه وابنته وعمه فمسألته من ستة وسهم لا تصح ولا توافق فاضرب ستة في ستة تكن ستة وثلاثين: لابنتيه أربعة وعشرون، ولأمه ستة، ولأخيه ستة: لابنته ثلاثة، ولأمه سهم، ولعمه سهمان. فمجموع ما للأم أربعة من مال الأكبر، وسبعة من مال الأصغر، ومجموع ما للعم من الأكبر سهم، ومن الأصغر سهمان. ومجموع ما لبنت الأكبر اثنا عشر: تسعة من أبيها، وثلاثة مما ورث أبوها. ولابنتي الأصغر أربعة وعشرون من أبيهما، وأربعة مما ورث أبوهما من أخيه. ومن جعل الميراث للأحياء دون الأموات جعل مال الأكبر لابنته وأمه وعمه فمسألته من ستة: ثلاثة لابنته، وسهم لأمه، وسهمان لعمه. و[من][1] جعل مال الأصغر لابنتيه وأمه وعمه فمسألته أيضاً من ستة : لابنتيه أربعة ، ولأمه سهم ، ولعمه سهم . وعلى هذا فقس.

(١) زيادة يقتضيها السياق.

باب ميراث أهل الملل

الملل: جمع ملة . وهي الطريقة.

قال رحمه الله: (لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم . إلا أن يسلم قبل قسم ميراثه فيرثه . وعنه: لا يرثه . وإن عتق عبدٌ بعد موت موروثه وقبل القسم لم يرث وجهاً واحداً).

أما كون المسلم لا يرث الكافر والكافر لا يرث المسلم إذا لم يسلم قبل قسم ميراثه ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « لا يرثُ المسلمُ الكافرَ ، ولا الكافرُ المسلمَ »[1] . متفق عليه.

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: « لا يتوارثُ أهل ملتين شتى »[2]. رواه أبو داود.

وأما كون الكافر إذا أسلم قبل قسم ميراث موروثه يرث على المذهب ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « من أسلمَ على شيءٍ فهوَ لَه »[3] رواه سعيد.

وعن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: « كل قَسْم قُسِمَ في الجاهليةِ فهوَ على ما قُسِمَ . وكل قَسْمٍ أدركَهُ الإسلامُ . فإنه على قَسْمِ الإسلام »[4] رواه أبو داود.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٨٣) ٦: ٢٤٨٤ كتاب الفرائض، باب لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦١٤) ٣: ١٢٣٣ كتاب الفرائض.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩١١) ٣: ١٢٥ كتاب الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧٣١) ٢:٩١٢ كتاب الفرائض، باب ميراث أهل الإسلام من أهل الشرك.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٨٩-١٩٠) ١: ٧٦ كتاب الفرائض، باب من أسلم على الميراث قبل أن يقسم. عن عروة بن الزبير. وعن ابن أبي مليكة.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٩١٤) ٣: ١٢٦ كتاب الفرائض، باب فيمن أسلم على ميراث. ⇦

و « لأن عمر وعثمان قضيا أن من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فله نصيبه »[1]. وكان ذلك بمحضرٍ من الصحابة ولم ينكر . فكان إجماعاً.

وأما كونه لا يرث على روايةٍ؛ فلعموم ما تقدم.

والأول هو الصحيح؛ لما ذكر.

ولأن فيه ترغيباً في الإسلام وحثاً على الدخول فيه وذلك مطلوب شرعاً.

وأما كون العبد إذا عتق بعد موت موروثه وقبل القسم لا يرث وجهاً واحداً ؛ فلأن مقتضى الدليل عدم إرث من فيه مانعٌ منه حين الموت . خولف في الكافر إذا أسلم على المذهب؛ لما ذكر . فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل. وقياس العتق على الإسلام لا يصح لوجهين:

أحدهما: أن العتق ليس من اختيار المعتق. فليس في الحكم بإرثه حثٌّ له على ذلك . بخلاف الإسلام فإنه من اختيار من أسلم، وفي الحكم بإرثه حثٌّ له على الدخول فيه.

وثانيهما: أن الإسلام أعظم القرب والطاعات فلا يقاس عليه ما ليسَ في معناه.

قال رحمه الله: (ويرثُ أهل الذمة بعضهم بعضاً إن اتفقت أديانهم، وهم ثلاث ملل: اليهودية، والنصرانية، ودين سائرهم).

أما كون أهل الذمة يرث بعضهم بعضاً إذا اتفقت أديانهم؛ فلأن المانع من الإرث اختلاف الدين وهو غير موجود . فوجب الحكم بالإرث عملاً بالمقتضي له السالم عن المعارض.

وأما كون أهل الذمة ثلاث ملل؛ فلأن اليهودية ملة، والنصرانية ملة، ودينُ سائرهم ملة .

أما كون كل واحدةٍ من اليهودية والنصرانية ملة فظاهر؛ لأن لكل واحدةٍ منهما كتاباً وأحكاماً وشرائع غير الأخرى.

⇦

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٤٨٥) ٢: ٨٣١ كتاب الرهون، باب قسمة الماء.

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٩٨٩٤) ٦: ٢٦ كتاب أهل الكتاب ، المسلم يموت وله ولد نصراني .
وأخرجه سعيد بن منصور في سننه عن عثمان مختصرا (١٨٥) ١: ٧٥ كتاب الفرائض ، باب : من أسلم على الميراث قبل أن يقسم .

وأما كون دين سائرهم ملةً ثالثةً ؛ فلأنهم يشملهم كونهم لا كتاب لهم.

فعلى هذا لا يرث يهودي نصرانيا، ولا مجوسياً ولا وثنياً ، ولا نصراني يهودياً ولا وثنياً ولا بالعكس؛ لاختلاف الملة.

قال رحمه الله: (وإن اختلفت لم يتوارثوا . وعنه: يتوارثون . ولا يرث ذمي حربياً ولا حربي ذمياً ذكره القاضي . ويحتمل: أن يتوارثا).

أما كون من اتحدت ملتهم واختلف دينهم ؛ كالمجوس وعبدة الوثن وما أشبه ذلك يتوارثون على المذهب ؛ فلأن العمومات من النصوص للإرث تقتضي توريثهم، ولم يرد بتخصيصهم نصٌ ولا إجماعٌ. ولا يصح قياسهم على غيرهم . فوجب العمل بالعموم.

ولأن قوله ﷺ: « لا يَتوارثُ أهلُ ملتين شتّى »[1] يدل بمفهومه على أن الملة الواحدة يتوارثون.

ولأن ضبط التوريث بالإسلام والكفر دليل على أن العبرة باختلاف الملل.

وأما كونهم لا يتوارثون على روايةٍ ؛ فلأن دينهم مختلف . أشبه اختلاف الملل.

وأما كون الذمي لا يرث حربياً ولا الحربي ذمياً على ما ذكره القاضي ؛ فلأن الموالاة منقطعةٌ بينهما.

وأما كونهما يحتمل أن يتوارثا ؛ فلأن ملتهما واحدة . فوجب أن يتوارثا ؛ كالذمي من الذمي ، والحربي من الحربي.

قال رحمه الله: (والمرتد لا يرث أحداً . إلا أن يسلم قبل قسم الميراث . فإن مات في ردته فماله فيء . وعنه: أنه لورثته من المسلمين . وعنه: أنه لورثته من أهل الدين الذي اختاره).

أما كون المرتد لا يرث أحداً إذا لم يسلم قبل قسم الميراث ؛ فلأنه ليس بمسلمٍ حتى يرث المسلم، وليس حكمه مساوياً للكافر حتى يرث الكافر. بيان عدم

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٠٧.

المساواة: أن المرتد لا يُقَر على كفره، ولا تحل ذبيحته، ولا نكاح نساء من انتقل إلى دينهم.

ولأن المرتد تزول أملاكه الثابتة له أو استقرارها . فلئلا يثبت له ملكٌ بطريق الأولى.

وأما كونه يرثه إذا أسلم قبل قسم الميراث؛ فلما تقدم في الكافر الأصلي.

وأما كون ماله إذا قتل في ردته فيئاً على المذهب؛ فلما يأتي.

وأما كونه لورثته من المسلمين على روايةٍ؛ فلأنه قول أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم.

قال زيد بن ثابت: « بعثني أبو بكر رضي الله عنه عند رجوعه إلى أهل الردة أن اقسم أموالهم بين ورثتهم المسلمين » .

ولأن ردته ينتقل بها ماله . فوجب أن ينتقل إلى ورثته المسلمين؛ كما ينتقل بالموت.

وأما كونه لورثته [من أهل] الدين [الذي][1] اختار دينهم؛ فلأنه كافر فورثته . أهل دينه ؛ كالحربي وسائر الكفار.

والأول أصح؛ لأنه لا يستحق ميراثه المسلم ولا من انتقل إلى دينه . فوجب جعله فيئاً ؛ كمال من لا وارث له.

أما كونه لا يستحقه المسلم ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « لا يرثُ المسلمُ الكافرَ ولا الكافرُ المسلمَ »[2]، وقال: « لا يَتوارثُ أهلُ مِلتين شتّى »[3].

ولأنه كافر فلا يرثه مسلم؛ كالكافر الأصلي.

ولأن ماله ملك مرتد . أشبه الذي كسبه في ردته.

وأما كونه لا يستحقه أهل دينه الذي اختاره ؛ فلأنه لا يرثهم . فوجب أن لا يرثوه ؛ كغيرهم من أهل الأديان.

---

(١) ما بين المعكوفين زيادة يقتضيها السياق.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٠٧.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٠٧.

ولأنه يخالفهم في حكمهم فإنه لا يقر، ولا تحل ذبيحته ولا نكاحه لو كان امرأة.

فصل [في حكم ميراث المجوس]

قال المصنف رحمه الله: (وإن أسلم المجوس أو تحاكموا إلينا ورّثوا بجميع قراباتهم. فإذا خلّف أمه وهي أخته من أبيه وعماً ورثت الثلث بكونها أماً، والنصف بكونها أختاً، والباقي للعم. فإن كان معهما أختٌ أخرى لم ترث بكونها أماً إلا السدس؛ لأنها انحجبت بنفسها وبالأخرى).

أما كون المجوس إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا[1] يورّثون بجميع قراباتهم ؛ فلأنه قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس.

ولأن الله تعالى فرض للأم الثلث، وللأخت النصف. فإذا كانت الأم أختاً وجب إعطاؤها ما فرض الله لها في الآيتين؛ كالشخصين.

ولأنهما قرابتان ترث بكل واحدةٍ منهما منفردةً لا تحجب أحدهما الأخرى ولا ترجيح فيهما . فوجب أن ترث بهما مجتمعين؛ كالزوج إذا كان ابن عم[2]، وابن العم إذا كان أخاً لأم، وكذا ذو الرحم[3] المدلي بقرابتين.

[وأما كون الأم ترث الثلث والنصف إذا خلف أمه وهي أخته من أبيه ؛ فلأن الأم فرضها الثلث ، والأخت فرضها النصف؛ لما تقدم][4].

وأما كون الباقي للعم؛ فلقول النبي ﷺ: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فلأولى رجل ذكر »[5].

وأما كون الأم لا ترث بكونها أماً إلا السدس إذا كان معها أخت أخرى؛ فلما ذكر المصنف من أنها انحجبت بنفسها وبالأخرى . وذلك أنه قد تقدم أن الأم

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) إلى هنا نهاية السقط من أ.

(٣) في أ: وكذا الرحم.

(٤) ساقط من أ.

(٥) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

تنحجب من الثلث إلى السدس بالأختين، وأن الأم ترث هنا؛ لكونها أختاً فيكون في المسألة أختان، وذلك يوجب أن لا ترث الأم إلا السدس؛ لأنه كما جاز أن ترث بالجهتين جاز أن تنحجب بالجهة التي ترث بها إذا كان مثلها تحجب.

وفي هذا الباب مسائل لم يذكرها المصنف رحمه الله تعالى؛ لقلة وقوعها . واللائق أن يذكر بعضها ليتضح طريق ذلك:

● منها: مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتاً ثم مات عنها[1] وعن عمٍ: فللبنتين الثلثان، والباقي للعم. وتصح من ثلاثة. ولا ترث الكبرى بالزوجية شيئاً؛ لما يأتي بعد إن شاء الله تعالى. فإن ماتت الكبرى فللصغرى المال كله؛ لأنها بنتها وأختها. وإن ماتت الصغرى أولاً فللكبرى النصف والثلث؛ لأنها أمٌ وأخت[2]، والباقي لعم الأب.

● ومنها: مجوسي تزوج أمه فأولدها بنتاً ثم مات فلأمه السدس، ولابنته النصف. ولا ترث أمه بالزوجية شيئاً؛ لما يأتي، ولا ابنته؛ لكونها أختاً لأم؛ لأن ولد الأم يسقط بالولد وهو موجود هنا فيكون إذاً قد حجَبت نفسها بنفسها. فإن ماتت الكبرى بعده فقد خلّفت بنتاً هي بنت ابن فلها الثلثان بالقرابتين. فإن ماتت الصغرى بعده فقد خلّف أماً هي أم أب فلها الثلث بالأمومة لا غير؛ لأن الجدة من كل جهةٍ تحجب الأم فتكون إذاً قد حجبت نفسها بنفسها.

● ومنها: مجوسي تزوج ابنته فأولدها بنتاً، ثم تزوج ابنته الصغرى فأولدها بنتاً، ثم مات وماتت الكبرى بعده فقد خلّفت أختيها لأبيها أحدهما بنتها والأخرى بنت بنتها: فلبنتها النصف، والباقي بينهما؛ لكونهما أختين. ولا ترث الأخت الأخرى؛ لكونها بنت بنت؛ لأن بنت البنت تحجب بالبنت[3] وهي موجودة هنا.

ولأن بنت البنت من ذوي الأرحام وهي لا ترث مع ذي فرض.

وإن ماتت الوسطى فقد خلّفت أختيها أحدهما أمها والأخرى بنتها: فلأمها السدس، ولبنتها النصف، والباقي بينهما؛ لكونهما أختين. فإن ماتت الصغرى بعده

(١) في المبدع: عنهما ٦:٢٣٧.
(٢) في أ: وبنت.
(٣) في أ: البنت.

فقد خلّفت أختيها لأبيها أحدهما أمها، والأخرى جدتها: فلأمها السدس، والباقي بينهما؛ لكونهما أختين وقد انحجبت الأم بنفسها وبأمها عن السدس. ولا ترث الجدة؛ لوجود الأم.

قال: (ولا يرثون بنكاح ذوات المحارم، ولا بنكاحٍ لا يقرون عليه لو أسلموا).

أما كون المجوس لا يرثون بنكاح ذوات المحارم؛ كرجلٍ تزوج أمه أو بنته أو أخته أو ما أشبه ذلك؛ فلأنه لا خلاف في ذلك.

قال المصنف في المغني: لا نعلم خلافاً بين المسلمين في أنهم لا يرثون بنكاح ذوات المحارم.

وأما كونهم لا يرثون بنكاحٍ لا يُقرون عليه في الإسلام؛ كمن تزوج مطلقة ثلاثاً ؛ فلأنه باطل لا يقر عليه فلم يترتب عليه إرث؛ كالمسلم الذي نكاحه باطل.

وفي تقييد المصنف رحمه الله تعالى عدم الإرث بنكاحٍ لا يقر عليه إشعار بالتوارث بنكاحٍ يقر عليه؛ كمن تزوج امرأة بغير شهود؛ لأنه نكاح يقر عليه . فوجب أن يترتب الإرث عليه؛ كالأنكحة الصحيحة .

وفي بعض الأنكحة خلاف في استحقاق الإرث مبني على الخلاف في أنه هل يقر عليه أم لا ؟.

من ذلك: مجوسي تزوج امرأة في عدتها فظاهر كلام الإمام أحمد أنهما يتوارثان؛ لأنه قال: إذا أسلما وقد نكحها في العدة أُقرّا عليه.

وقال القاضي: إن أسلما بعد انقضاء العدة أُقرّا، وإن أسلما قبله لم يُقرّا.

فعلى هذا إن مات أحدهما قبل انقضاء العدة لم يتوارثان، وإن مات بعده توارثا. وتأوّل القاضي كلام أحمد على من أسلم بعد انقضاء العدة.

باب ميراث المطلقة

قال المصنف رحمه الله تعالى: (إذا طلّقها في صحته ، أو مرض غير مخوف ، أو غير مرض الموت طلاقاً بائناً: قطع التوارث بينهما، وإن كان رجعياً لم يقطعه ما دامت في العدة).

أما كون الطلاق البائن يقطع التوارث بين الزوجين في الأحوال الثلاثة المتقدم ذكرها ؛ فلأن التوارث سببه الزوجية ، وهي معدومةٌ هاهنا.

وأما كون الطلاق الرجعي لا يقطع ذلك ما دامت في العدة ؛ فلأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه، ويملك إمساكها بغير رضاها، ولا ولي، ولا شهود، ولا صداق جديد.

قال: (وإن طلّقها في مرض الموت المخوف طلاقاً لا يتهم فيه بأن سألته الطلاق، أو علّق طلاقها على فعل لها منها بد ففعلته، أو علّقه في الصحة على شرط فوجد في المرض، أو طلّق من لا ترث كالأمة والذمية فعتقت وأسلمت : فهو كطلاق الصحيح في أصح الروايتين).

أما كون الطلاق في الصور المذكورة؛ كطلاق الصحيح في قطع التوارث على روايةٍ ؛ فلأن مقتضى الدليل المنع من الإرث لحصول البينونة بالطلاق . ترك ذلك فيمن قصد حرمانها الإرث لمعارضته بنقيض قصده، وللحديث الآتي ذكره[1] فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل.

وأما كونه ليس كذلك على روايةٍ؛ فلأنه طلاق في مرضٍ[2] . أشبه الطلاق الآتي ذكره.

(١) زيادة من ج.

(٢) في أ: فلأن طلاق في مرضه.

وأما كون الصحيح الأول؛ فلما تقدم من أن مقتضى الدليل قطع الطلاق الإرث. ترك العمل به في الطلاق الآتي ذكره . فيبقى فيما عداه مع أنه لا يصح إلحاقه؛ لقيام الفرق بينهما، وهو وجود التهمة في الآتي دون الطلاق المذكور.

قال: (**وإن كان متّهماً بقصد حرمانها الميراث ؛ مثل: أن يطلقها ابتداء، أو علّقه على فعل لا بد لها منه؛ كالصلاة ونحوها ففعلته، أو قال للذمية أو للأمة: إذا أسلمت أو عتقت فأنت طالق، أو علم أن سيد الأمة قال لها: أنت حرة غداً فطلقها اليوم : ورثته ما دامت في العدة ولم يرثها . وهل ترثه بعد العدة أو ترثه المطلقة قبل الدخول ؟ على روايتين . فإن تزوجت لم ترثه**).

أما كون المطلّقة ترث الزوج إذا كان متهماً في طلاقها؛ فـ « لأن عثمان رضي الله عنه ورّث تماضر بنت الأصبغ الكلبية من عبدالرحمن بن عوف، وكان طلقها في مرضه فبتّها »[1]. واشتهر ذلك في الصحابة . فلم ينكر فكان إجماعاً.

ويروى أن عثمان قال لعبدالرحمن: لئن مت لأورثنها منك. قال: قد علمت ذلك.

ولأنه قصد قصداً فاسداً في الميراث . فعورض بنقيض قصده؛ كالقاتل القاصد استعجال الميراث.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى: مثل إن طلقها ... إلى قوله: ورثته؛ فتعداد لصور الطلاق المتهم فيه.

أما كون طلاقها ابتداءً منها؛ فللحديث المذكور.

وأما كون تعليقه على فعل لا بد لها منه؛ كالصلاة منها؛ فلأنها تضطر إلى فعل ذلك . فتعليقه عليه؛ كتنجيزه.

وأما كون تعليقه طلاق الذمية والأمة على إسلامها وعتقها منها ؛ فلأن قصد الحرمان ظاهرة فيه؛ لكونه رتّب الطلاق على الموجب للإرث.

وأما كون طلاقه الأمة اليوم إذا علم أن سيدها قال لها: أنت حرة غداً منها ؛ فلأن الظاهر أن الحامل على الطلاق صيرورتها حرة غداً.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٣٦٢ كتاب الخلع والطلاق، باب ما جاء في توريث المبتوتة في مرض الموت.

وأما كون الزوج لا يرث الزوجة في الصورة المذكورة ؛ فلأن مقتضى البينونة قطع التوارث . خولف في الزوجة للحديث، ومعارضة لقصده . فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل.

وأما كون المطلقة ترث المطلق بعد انقضاء العدة[1] بأحد الأسباب المتقدم ذكرها على روايةٍ؛ فلما روى أبو سلمة بن عبدالرحمن : « أن أباه طلّق أمه وهو مريضٌ فمات فورثته بعد انقضاء العدة »[2].

ولأن سبب توريثها فراره من[3] ميراثها ، وهو موجود هنا.

وأما كونها لا ترثه على روايةٍ؛ فلأنها تباح لزوجٍ آخر فلم ترثه؛ كما لو كان الطلاق في الصحة.

ولأن توريثها بعد العدة يفضي إلى توريث أكثر من أربع نسوة . فلم يجز ؛ كما لو تزوجت.

فإن قيل: ما الصحيح من هاتين الروايتين ؟

قيل: الأول . عملاً بالحديث والمعنى.

قال المصنف في المغني: المشهور عن أحمد أنها ترثه في العدة وبعدها ما لم تتزوج.

وأما كون المطلقة قبل الدخول ترث المطلق على روايةٍ ولا ترثه على روايةٍ؛ فلأنها كالتي انقضت عدتها معنى . فكذا يجب أن تكون حكماً.

وأما كون من انقضت عدتها ومن لا عدة عليها لا ترثه إذا تزوجت ؛ فلأنها ترث زوجها الثاني فلا ترث الأول؛ لأن الإرث من حكم النكاح . فلا يجوز اجتماعه مع نكاحٍ آخر؛ كالعدة.

ولأنها فعلت باختيارها ما ينافي نكاح الأول . أشبه ما لو كان فسخ النكاح من جهتها.

---

(١) في أ: وأما كون المطلقة ترث بعد انقضاء العدة المطلق.

(٢) أخرجه مالك في الطلاق، باب طلاق المريض ٢:٤٤٨/٤٠.

(٣) في أ: في.

قال: (وإن أكره الابنُ امرأة أبيه في مرض أبيه على ما يفسخ نكاحها لم يقطع ميراثها. إلا أن تكون له امرأة سواها. وإن فعلت في مرض موهّا ما يفسخ نكاحها لم يسقط ميراث زوجها).

أما كون إكراه الابن امرأة أبيه في مرض أبيه[1] على ما يفسخ نكاحها؛ كإكراهها على استدخال آلته : لا يقطع التوارث إذا لم يكن له زوجة سواها ؛ فلأنه قصد حرمانها الميراث . أشبه ما لو طلقها أبوه.

وأما كون ذلك يقطع التوارث إذا كان له زوجة سواها ؛ فلأن قصد الحرمان هنا غير موجود؛ لكونه لا يرجع إليه. وفي الإطلاق نظر؛ لأن أباه إذا كان له زوجتان أحدهما أمّه والأخرى أجنبية فإذا وطئ الابن الأجنبية لا ينتفي عنه قصد الحرمان . لا يقال: هو منتفٍ؛ لأن ميراثها لا يرجع إليه؛ لأن ذلك يرجع إلى أمه وهو متهم في حقها ، وكذلك لا تقبل شهادة الولد لوالديه[2].

وأما كون الزوج لا يسقط ميراثه إذا فعلت المرأة ما يفسخ نكاحها وهي مريضة؛ كرضاع امرأة صغيرة لزوجها ، أو رضاع زوجها الصغير ، أو ارتدت فماتت في مرضها ؛ فلأنها إحدى الزوجتين. فلم يسقط فعلها ميراث الآخر؛ كالزوج.

قال: (فإن خلّف زوجات نكاح بعضهن فاسدٌ: أقرع بينهن. فمن أصابتها[3] القرعة فلا ميراث لها).

أما كون من خلّف زوجات نكاح بعضهن فاسد يقرع بينهن ؛ فلأن ذلك يزيل الإبهام. فشرع هنا؛ كالعتق والطلاق.

ولا بد أن يلحظ أن من نكاحها فاسد لا يعرف؛ لأنه لا حاجة إلى القرعة إذا عرفت.

وأما كون من أصابتها القرعة لا ميراث لها ؛ فلأن القرعة تعينها والإرث يعتمد النكاح الصحيح.

---

(١) في أ: موته.

(٢) في أ: الوالد لولده.

(٣) في أ: أصابته.

قال: (وإذا طلّق أربع نسوة في مرضه فانقضت عدتهن وتزوج أربعاً سواهن: فالميراث للزوجات . وعنه: أنه بين الثمان).

أما كون الميراث بين الزوجات أو بين الثمان على الاختلاف؛ فمبني على ما تقدم من أن المطلقة في مرض الموت هل ترث ما لم تتزوج ؟ فيه روايتان:

أحدهما: ترث . فعلى هذا يكون الميراث بين الثمان.

والثانية: لا ترث . فعلى هذا يكون الميراث بين الزوجات عند موته لا للمطلقات.

وأما الصحيح من ذلك فقد تقدم أن الصحيح أنها ترثه ما لم تتزوج.

فعلى هذا الصحيح هنا أن الميراث بين الثمان . والذي نقل أبو الخطاب أن الميراث هل هو بين المطلقات أو بين الثمان؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه بين المطلقات؛ لأنهن يرثن ما كن يرثن، والذي كن يرثن جميع الميراث . فكذلك بعد تزَوّجه[1].

وثانيهما: أنه بين الثمان؛ لأن المطلقات إذا ورثن وقد مضى نكاحهن . فلأن ترث الزوجات ونكاحهن باق بطريق الأولى.

قال المصنف رحمه الله تعالى: وليس هذا -يعنى كونه بين المطلقات- بصحيح؛ لأن المطلقة إنما ترث ما كانت ترث لو لم يطلقها ، ولو لم يطلقها وتزوج عليها واحدةً لم ترث إلا نصف ميراث الزوجات . فكذا إذا طلقها.

---

(١) في أ: تزويجه.

باب الإقرار بمشارك في الميراث

قال المصنف رحمه الله تعالى: (إذا أقرّ الورثة كلهم بوارث للميت فصدقهم، أو كان صغيراً: ثبت نسبُه وإرْثه. سواء كانوا جماعة أو واحداً، وسواء كان المقرّ به يحجب المقر أو لا يحجبه[1]؛ كأخ يقر بابن للميت).

أما كون من أقرّ الورثة كلهم بأنه وارث الميت فصدقهم ثبت نسبُه؛ فـ «لأن النبي ﷺ قبل قول عبد بن زَمعةَ لما ادعى نسب وليدةَ أبيه. وقال: هذا أخِي ولدَ على فِراشِ أبِي »[2]. وأثبت نسَبَهُ منه.

ولأن الوارث يقوم مقام موروثه. بدليل أنه يثبت باعترافه ما يثبت باعتراف الموروث على نفسه من الدين وغيره. فكذا النسب.

ولأن الوارث تَخلّفَ الموروث في حقوقه وهذا منها.

وأما كونه يثبت إرْثه؛ فلأن نسَبه قد ثبت. أشبه من ثبت نسبه ببنية.

وإنما اشترط تصديقه إذا كان كبيراً؛ لأن الإقرار بالنسب إقرار[3] فاشترط تصديق المقر له[4]؛ كالإقرار بالمال. وإنما اكتفي بصغره؛ لأن الصغير لا يعتبر قوله فقبل الإقرار بنسبه، وإن لم يصدقه؛ كما لو أقر له بمال.

وأما كون من أقرّ الورثة كما تقدم يثبت نسبُه وإرْثه سواء كان المقر به جماعة أو واحداً[5]؛ فلأنهما سواء في الإقرار بدين. فكذلك في الإقرار بغيره.

---

(١) في أ: يحجب.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٨٤) ٦: ٢٤٨٤ كتاب الفرائض، باب إثم من انتفى من ولده ومن ادعى أخاً أو ابن أخ.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٥٧) ٢: ١٠٨٠ كتاب الرضاع، باب الولد للفراش وتوقي الشبهات.

(٣) في أ: إقرارا.

(٤) في أ: به.

(٥) في أ: واحد.

وأما كون الحكم كما ذكر سواء كان المقر به يحجب المقر أو لا يحجبه[1] ؛ كأخٍ يقر بابن للميت ؛ فلأن العبرة بكونه وارثاً حالة الإقرار، أو بكونه وارثاً لولا الإقرار . بدليل أنه لو اعتبر كونه وارثاً في الحقيقة لم يثبت النسب إذا أقر بمشارك في الميراث؛ لأنه يكون إقراراً من بعض الورثة، وكلا المعنيين موجود فيما إذا أقر بمن يحجبه.

قال: (**وإن أقرّ بعضهم لم يثبت نسبه . إلا أن يشهد منهم عدلان أنه ولد على فراشه ، أو أن الميت أقر به**).

أما كون من أقر به بعض الورثة كابنٍ له أخ يقر بآخر دون أخيه لا يثبت نسبه إذا لم يشهد منهم عدلان كما ذكر المصنف رحمه الله تعالى ؛ فلأن ثبوت النسب ليس متمحضاً له بل مشتركاً بينه وبين أخيه.

ولأن المقر وحده لا يقوم مقام الميت.

وأما كونه يثبت نسبه[2] إذا شهد منهم عدلان بما ذكر ؛ فلأنهما بينة عادلة . فثبت النسب بهما؛ كالأجانب.

ولأنهما لو شهدا على غير موروثهما قُبل . فكذلك يقبل على موروثهما.

وأما كون إحدى صفتي الشهادة أنه ولد على فراشه ؛ فلأن ذلك القدر يلحق النسب؛ لأن النبي ﷺ قال: « الولدُ للفِراشِ وللعَاهِرِ الحَجَر »[3].

وأما كون الأخرى أن الميت أقر به ؛ فلأن الميت لو أقر بنسبه ثبت . فإذا قامت البينة على إقراره بأنه وارثه يثبت نسبه لثبوت إقراره بالبينة المستند لثبوت النسب.

(١) ساقط من أ.

(٢) مثل السابق.

(٣) هو تكملة للحديث السابق وقد سبق تخريجه.

قال: (وعلى المقر أن يدفع إليه فضل ما في يده عن ميراثه فإذا أقر أحد الابنين بأخ فله ثلث ما في يده ، وإن أقر بأخت فلها خمس ما في يده. فإن لم يكن في يد المقر فضل فلا شيء للمقر به).

أما كون المقِر عليه أن يدفع إلى المقَر به فضل ما في يد المقر عن ميراثه ؛ فلأنه تبين بإقراره أنه لا يستحقه وأن المستحق لذلك المقر به . فوجب دفعه إليه؛ لأنه حقه.

وأما كون المقر به له ثلث ما في يد المقر إذا أقرّ أحد الابنين بأخ ؛ فلأن في يده النصف وهو لا يستحق إلا الثلث فالسدس مستحق للمقر به وهو ثلث النصف.

وأما كون الأخت لها خمس ما في يده إذا أقر بها ؛ فلأن في يده النصف وهو لا يستحق إلا الخمسين . فنصف الخمس مستحق للمقر بها وهو خمس ما في يده.

وأما كون المقر به لا شيء له إذا لم يكن في يد المقر فضل؛ [فلأن المقر به لا][1] يستحق إلا الفاضل عن حقه، ولا فاضل معه . وسيأتي مثاله: فيما إذا خلّف أخاً من [أبٍ وأخاً من][2] أمٍ فأقر الأخ من الأم وحده بأخٍ من أبوين.

قال: (وإذا خلّف أخاً من أب وأخاً من أم فأقرّا بأخ من أبوين ثبت نسبه وأخذ ما في يد الأخ من الأب).

أما كون نسب الأخ من الأبوين يثبت فيما ذكر؛ فلإقرار كل الورثة به.

وأما كونه يأخذ ما في يد الأخ من الأب ؛ فلأنه تبين بإقراره أنه لا حق له وأن الحق للمقر له . ضرورة كون الأخ من الأبوين يحجب الأخ من الأب.

قال: (وإن أقرّ به الأخ من الأب وحده أخذ ما في يده ولم يثبت نسبه).

أما كون الأخ من الأبوين المقر به يأخذ ما في يد الأخ من الأب المقر؛ فلما تقدم.

وأما كونه لا يثبت نسبه ؛ فلأن كل الورثة لم تقر به ، وشرط ثبوت النسب إقرار الكل لما تقدم.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) مثل السابق.

قال: (وإن أقرّ به الأخ من الأم وحده أو أقرّ بأخٍ سواه فلا شيء له).

أما كون الأخ من الأبوين المقر به لا شيء له إذا أقر به الأخ من الأم وحده ؛ فلأن الأخ من الأم يستحق مع أخيه السدس فلا فاضل في يده عن حقه.

وأما كون الأخ سواه المقر به لا شيء له إذا أقر به الأخ من الأم؛ فلما ذكر قبل.

قال: (وطريق العمل: أن تضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار وتدفع إلى المقر سهمه من مسألة الإقرار في مسألة الإنكار ، وإلى المنكر سهمه من مسألة الإنكار في مسألة الإقرار ، وما فضل فهو للمقر له).

أما كون طريق العمل ما ذكر من الضرب ؛ فلأن به يظهر ما للمقر وللمنكر وما يفضل.

وأما كون المقِر يدفع إليه سهمه من مسألة الإقرار في مسألة الإنكار؛ فلأنه مقر.

وأما كون[1] المنكر يدفع إليه سهمه من مسألة الإنكار في مسألة الإقرار ؛ فلأنه منكر.

وأما كون ما فضل هو للمقر له ؛ فلأنه تبين بالعمل أنه الذي له.

فعلى هذا قل في المسألة الأولى وهي: ما إذا[2] أقرّ أحد الابنين بأخٍ : مسألة الإقرار من ثلاثة، والإنكار من اثنين . فاضرب أحدهما في الأخرى؛ لأنهما متباينتان تكن ستة: للمقر سهم من مسألة الإقرار في اثنين باثنين، وللمنكر سهم من مسألة الإنكار في ثلاثة بثلاثة يبقى سهم للمقر به[3]؛ لأنه الفاضل وهو ثلث ما بقي في يد المقر؛ لأن النصف في يده، وقد تبين هنا أنه ثلاثة.

وقل في الثانية وهي: إذا أقرّ أحد الابنين بأخت : مسألة الإقرار من خمسة، ومسألة الإنكار من اثنين، واضرب خمسة في اثنين؛ لما تقدم تكن عشرة: للمقر

(١) ساقط من أ.
(٢) في أ: إذا ما.
(٣) في أ: له.

سهمان من خمسة في اثنين بأربعة، وللمنكر سهم من اثنين في خمسة بخمسة يبقى سهم للأخت؛ لأنه الفاضل وهو خمس ما في يد المقر؛ لما تقدم .

وقل[1] في الثالثة وهي: إذا أقر أخ من أب وأخ من أم بأخٍ من أبوين : مسألة الإقرار من ستة ولا إنكار فيها، وما كان للمقر فهو للمقر به؛ لأنه أولى منه بالميراث؛ لكونه أخاً لأبوين، والمقر أخاً من أب .

وقل في الرابعة وهي: إذا أقر بأخ من أبوين الأخ من الأب وحده : مسألة الإقرار من ستة ولا حاجة إلى ذكر مسألة الإنكار؛ لأن المنكر حالة في الإقرار، والإنكار بالنسبة إلى المال واحدة فله سهم من ستة يبقى خمسة هي للأخ للأبوين؛ لما تقدم .

ولا شيء له في الخامسة وهي: إذا أقر بأخٍ من أبوين من الأم وحده أو أقرّ بأخ سواه؛ لما تقدم في تعليلها.

قال: (ولو خلّف ابنين فأقرّ أحدهما بأخوين فصدقه أخوه في أحدهما : ثبت نسب المتفق عليه فصاروا ثلاثة . ثم تضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار تكن اثنى عشر: للمنكر سهم من الإنكار في الإقرار أربعة، وللمقر سهم من الإقرار في مسألة الإنكار ثلاثة، وللمتفق عليه إن صدق المقر مثل سهمه. وإن أنكره مثل سهم المنكر، وما فضل للمختلف فيه وهو سهمان في حال التصديق وسهم في حال الإنكار . وقال أبو الخطاب: لا يأخذ المتفق عليه من المنكر في حال التصديق إلا ربع ما في يده . وصححها من ثمانية: للمنكر ثلاثة، وللمختلف فيه سهم، ولكل واحدٍ من الأخوين سهمان).

أما كون المتفق عليه يثبت نسبه؛ فلإقرار كل الورثة به.

وأما كون مسألة الإقرار تضرب في مسألة الإنكار على قول غير أبي الخطاب؛ فلأجل التصحيح كما تقدم.

وأما كون الحاصل بالضرب اثني عشر ؛ فلأن مسألة الإقرار من أربعة فإذا ضربتها في مسألة الإنكار وهي ثلاثة تكن اثني عشر.

---

(١) في أ: وقيل.

وأما كون المنكر له أربعة ؛ فلأن له سهماً من مسألة الإنكار مضروباً في مسألة الإقرار.

وأما كون المقِر له ثلاثة ؛ فلأنه له سهماً من مسألة الإقرار مضروباً في مسألة الإنكار.

وأما كون المتفق عليه له مثل سهم المقر إن صدقه ؛ فلأنه مقر . ومثل سهم المنكر إن أنكره؛ فلأنه منكر.

وأما كون المختلف فيه له سهمان في حال التصديق وسهم في حال الإنكار ؛ فلأن ذلك هو الفاضل.

وأما كون المتفق عليه لا يأخذ إلا ربع ما في يد المنكر في حال التصديق على قول أبي الخطاب؛ فلأنه لا يدعي أكثر منه؛ لأنه يدعي أنهم أربعة فيلزم أن لا يكون له في يد المنكر سوى أربعة.

وأما كونه صححها من ثمانية ؛ فلأن أصل المسألة من اثنين والمقر به يستحق ربع ما في يد المنكر فابسط المسألة أرباعاً تكن ثمانية: للمنكر ثلاثة؛ لأنه كان يستحق أربعة أخذ منها المتفق عليه ربعها بقي ثلثه، وللمختلف فيه سهم؛ لأنه يستحق ربع ما في يد المقر بهما وذلك أربعة، وللمقر بهما سهمان؛ لأنه كان يستحق أربعة خرج منها سهم للمتفق عليه، وسهم للمختلف فيه بقي اثنان للآخر.

قال: (وإن خلّف ابناً فأقر بأخوين بكلام متصل: ثبت نسبهما. سواء اتفقا أو اختلفا. ويحتمل أن لا يثبت نسبهما مع اختلافهما).

أما كون نسب الأخوين المقر بهما يثبت نسبهما[1] إذا اتفقا؛ فلاتفاقهما مع إقرار الابن بهما.

وأما كونه يثبت إذا اختلفا على المذهب ؛ فلأن الإقرار بهما صادف كل الورثة.

ولأن كل واحدٍ من المقر بهما لم يكن في الظاهر وارثاً حالة الإقرار . فلم يعتبر تصديقه.

(١) ساقط من أ.

وأما كونه يحتمل أن لا يثبت مع اختلافهما ؛ فلأن الإقرار بكل واحدٍ منهما لم يصدر من كل الورثة.

والأول أصح؛ لما تقدم.

قال: (وإن أقرّ بأحدهما بعد الآخر أعطى الأول نصف ما في يده، والثاني ثلث ما بقي في يده. ويثبت نسب الأول. ويقف ثبوت نسب الثاني على تصديقه . وإن أقرّ بعض الورثة بامرأة للميت لزمه من إرثها بقدر حصته).

أما كون المقرّ يعطّي الأخ المقر به أولاً نصف ما في يده ؛ فلأنه أقر أنه أخوه وتصديقه بغيره[1] معتبر؛ لأنه ثبت كونه وارثاً . فوجب كون المسألة بالنسبة إليه مقسومة على اثنين . فوجب أن يدفع إليه نصف التركة؛ لكونه واحداً من اثنين.

وأما كونه يعطي الثاني ثلث ما بقي في يده وهو السلس ؛ فلأنه فاضل عن حقه؛ لأنه أقرّ أن الأولاد ثلاثة، والواحد يستحق الثلث لا غير.

وأما كون نسب الأول يثبت ؛ فلأنه أقرّ به كل الورثة.

وأما كون ثبوت نسب الثاني يقف على تصديق المقر به؛ فلأن الأول أقرّ به بعد ثبوت نسب الثاني . فلم يكن إقراراً من كل الورثة.

وأما كون المقر بامرأةٍ للميت يلزمه من إرثها بقدر حصته ؛ فلأنه أقرّ أن ذلك فاضلٌ عن حقه . فوجب دفعه إليها ؛ كما لو أقرّ بابن.

قال: (وإذا قال رجل: مات أبي وأنت أخي فقال: هو أبي ولست بأخي : لم يقبل إنكاره . وإن قال: مات أبوك وأنا أخوك قال: لست أخي : فالمال كله للمقر به).

أما كون المقَرّ به لا يقبل إنكاره في الصورة الأولى ؛ فلأن الإقرار والإنكار إنما يعتبر من الوارث، وقد سبق كون الأب أباً للآخر فهو وارثه ظاهراً لا غيره.

وأما كون المال كله للمقَرّ به في الصورة الثانية ؛ فلأنه لما قال: مات أبوك. فقد أقر بكونه هو الوارث وذلك يوجب كون الميراث له. وقوله بعد ذلك: وأنا أخوك دعوى وقد أنكرها المقر له وذلك يوجب أن لا يكون له شيء من المال.

---

(١) في أ: لغيره.

قال: (وإن قال: ماتت زوجتي وأنت أخوها قال: لست بزوجها : فهل يقبل إنكاره ؟ على وجهين).

أما كون إنكار الأخ يقبل على وجهٍ ؛ فلأن خصمه قد اعترف أنه أخوها وهو منكرٌ للزوجية، والأصل معه.

وأما كونه لا يقبل على وجهٍ؛ فلما تقدم في قوله: مات أبي وأنت أخي فقال: لستَ بأخي.

فصل

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وإذا أقرّ من أعيلت له المسألة بمن يزيل العول؛ كزوج وأختين أقرت أحدهما بأخ. فاضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار تكن ستة وخمسين، واعمل على ما ذكرنا: يكن للزوجة أربعة وعشرين، وللمنكرة ستة عشر، وللمقرة سبعة، يبقى تسعة للأخ. فإذا صدقها الزوج فهو يدعي أربعة، والأخ يدعي أربعة عشر، والمقر به من السهام تسعة. فاقسمها على سهامهم لكل سهمين سهم. فيحصل للزوج سهمان، وللأخ سبعة).

أما كون من أعيلت له المسألة إذا أقرّ بمن يزيل العول يضرب مسألة الإقرار في مسألة الإنكار؛ فلما تقدم.

وأما قول المصنف: كزوجٍ وأختين أقرت أحدهما بأخ؛ فتمثيل لذلك؛ لأن مسألةً فيها زوج وأختان من ستة وتعول إلى سبعة فإذا أقرت إحدى الأختين بأخٍ صارت مسألة الإقرار من اثنين؛ لأن فيها نصفاً وما بقي. وتصح من ثمانية؛ لأن الزوج له سهم يبقى سهم على أربعة لا يصح ولا يوافق فاضرب اثنين في أربعة تكن ثمانية.

وأما كون السهام ستة وخمسين ؛ فلأنك إذا ضربت مسألة الإقرار وهي ثمانية في مسألة الإنكار وهي سبعة تكون ستة وخمسين.

وأما كون الزوج له أربعة وعشرون، وللمنكرة ستة عشر، وللمقرة سبعة، والباقي تسعة للأخ ؛ فلأن الزوج له ثلاثة من مسألة الإنكار في ثمانية بأربعة وعشرين، والأخت المنكرة لها اثنان من مسألة الإنكار في ثمانية بستة عشر، والمقرة لها سهم من مسألة الإقرار وهي ثمانية في سبعةٍ بسبعة يبقى تسعة: للأخ والمال ستة

وخمسون[1]: خرج منها أربعة وعشرون للزوج، وستة عشر للأخت المنكرة، وسبعة للأخت المقرة وهي للأخ؛ لأنها الفاضل .

فإن انضم إلى إقرار الأخت تصديق الزوج قسّمت التسعة بينهما على حسب ما تدعيان استحقاقه وذلك هنا ثمانية عشر؛ لأن الزوج يدعي أربعة، لأن له نصف المال ثمانية وعشرين قبض منها أربعة وعشرين بقي أربعة، والأخ يدعي أربعة عشر؛ لأنه يدعي أنه يستحق ربع المال. فاقسم التسعة على الثمانية عشر يحصل لكل سهمين سهم. فيكون للزوج سهمان مضافان إلى أربعة وعشرين تكون ستة وعشرين، وللأخ سبعة.

قال: (**فإن كان معهم أختان لأمٍّ. فإذا ضربت وفق مسألة الإقرار في مسألة الإنكار كانت اثنين وسبعين: للزوج ثلاثة من مسألة الإنكار في وفق مسألة الإقرار أربعة وعشرين، وللأختين[2] من الأم ستة عشر، وللأخت المنكرة ستة عشر، وللمقرّة[3] ثلاثة، يبقى في يدها ثلاثة عشر: للأخ منها ستة، يبقى سبعة لا يدعيها أحد ففيها ثلاثة أوجه:**

أحدها: تقر في يد المقرّة.

والثاني: تؤخذ إلى بيت المال.

والثالث: تقسّم بين المقرّة والزوج والأختين من الأم على حسب ما يحتمل أنه لهم).

أما كون مسألة الإقرار تضرب في مسألة الإنكار؛ فلما تقدم.

وأما كون ذلك اثنين وسبعين ؛ فلأن مسألة الإقرار من ستة؛ لأن فيها نصفاً وثلثاً، وما بقي هو هنا سهم على أربعة لا يصح ولا يوافق . فاضرب ستة في أربعة تكن أربعة وعشرين. ومسألة الإنكار من ستة وتعول إلى تسعة؛ لأن فيها نصفاً

---

(١) في أ: يبقى تسعة لأنها ستة وخمسون.

(٢) في أ: وللأخت.

(٣) في أ: وللمقر.

وثلثين وثلثاً ، وبين الأربعة والعشرين وبين التسعة موافقة بالأثلاث. فإذا ضربت ثمانية في تسعة يكن اثنين وسبعين كما ذكر المصنف.

وأما كون الزوج له أربعة وعشرون، والأختين من الأم لهما ستة عشر، والمنكرة لها ستة عشر، والمقرة لها ثلاثة ؛ فلأن الزوج له ثلاثة من مسألة الإنكار مضروبة في وفق مسألة الإقرار وهو ثمانية بأربعة وعشرين، والأختين للأم لهما اثنان من مسألة الإنكار مضروبان في ثمانية بستة عشر، والأخت المنكرة لها سهمان مضروبان في ثمانية بستة عشر، والمقرّة لها سهم من مسألة الإقرار مضروب في وفق مسألة الإنكار وهو ثلاثة بثلاثة.

وأما كون الباقي ثلاثة عشر ؛ فلأن مجموع ما أخذ تسعة وخمسون فيبقى من اثنين وسبعين ثلاثة عشر.

وأما كون الأخ له منها ستة ؛ فلأن له سهمين من مسألة الإقرار مضروبين في وفق مسألة الإنكار وهو ثلاثة بستة يبقى سبعة لا يدّعيها أحد؛ لاستكمال كل واحدٍ حقه.

وأما كون السبعة تقر في يد المقرة في وجهٍ ؛ فلأنها لا يدعيها أحداً.

وأما كونها تؤخذ إلى بيت المال ؛ فلأنه موضع الأموال التي لا أرباب لها.

وأما كونه يقسم بين المقرّة والزوج والأختين من الأم على حسب ما يحتمل أنه لهم . وهو هنا ثلاثة وثلاثون في وجهٍ ؛ فلأن المقرة يحتمل أن مسألتها عائلة. واشتبه عليها الحال فأقرت بمن لا يستحق شيئاً فحينئذٍ كانت تستحق ستة عشر كالمنكرة أخذت منها ثلاثة بقيت ثلاثة عشر، والزوج يحتمل أن مسألته غير عائلة فيستحق ستة وثلاثين؛ لأنه حينئذٍ يستحق النصف أخذ منها أربعة وعشرين بقي له اثنا عشر، والأختين لأم يحتمل أن مسألتهما كمسألة الزوج وحينئذٍ تستحقان الثلث أخذتا منه ستة عشر بقي لهما[1] ثمانية فجملة ذلك ثلاثة وثلاثون. فاقسم ذلك الباقي عليه لا يصح ولا يوافق. فاضرب ثلاثة وثلاثين في اثنين وسبعين تكن ألفين وثلثمائة وستة وسبعين. وكل من له شيء من اثنين وسبعين فاضربه في ثلاثة وثلاثين. وكل من له شيء من ثلاثة وثلاثين فاضربه في سبعة. وسيظهر كيفية

(١) ساقط من أ.

العمل والقسمة في شرح قوله: فإن صدق الزوج المقرّة ... إلى آخره إن شاء الله تعالى.

قال: (فإن صدّق الزوج المقرّة فهو يدّعي اثني عشر، والأخ يدعي ستة يكونان ثمانية عشر، ولا تنقسم عليها الثلاثة عشر ولا توافقها فاضرب ثمانية عشر في أصل المسألة. ثم كل من له[1] شيء من اثنين وسبعين مضروب في ثمانية عشر. وكل من له شيء[2] من ثمانية عشر مضروب في ثلاثة عشر. وعلى هذا تعمل ما ورد عليك).

أما كون الزوج يدعي اثني عشر؛ فلأنه يدعي أن له النصف وهو هنا ستة وثلاثون أخذ منها أربعة وعشرين بقي اثنا عشر.

وأما كون الأخ يدعي ستة؛ فلأنه يدعي أنه هو وأختاه لهم أربعة من أربعة وعشرين مضروبة في وفق مسألة الإنكار وهو ثلاثة يكون اثني عشر له نصفها.

وأما كون الثمانية عشر تضرب في أصل المسألة ؛ فلانكسارها على المقسومة عليه.

فعلى هذا مبلغ ما ترتفع من الضرب ألف ومائتان وستة وتسعون.

وأما قول المصنف: ثم كل من له شيء ... إلى آخره؛ فبيان للقسمة.

فعلى هذا الأختان لأم لهما من اثنين وسبعين ستة عشر . فاضربها في ثمانية عشر تكن مائتين وثمانية وثمانين، والأخت المنكرة لها ستة عشر [في ثمانية عشر بمائتين و][3] ثمانية وثمانين، والمقرة لها ثلاثة في ثمانية عشر بأربعة وخمسين، والزوج له أربعة وعشرون في اثنين وسبعين بأربعمائة واثنين وثلاثين. ومن الثمانية عشر اثنا عشر مضروبة في ثلاثة عشر بمائة وستة وخمسين، والأخ له ستة في ثلاثة عشر بثمانية وسبعين صار بمجموع ذلك ألفاً ومائتين وستة وتسعين وهو مبلغ ما ارتفع من الضرب.

---

(١) في أ: لها.

(٢) ساقط من أ.

(٣) مثل السابق.

وأما قول المصنف: وعلى[1] هذا تعمل ما ورد عليك ؛ فتنبيه على طريق عمل ما يرد عليك من هذا؛ لأنه مثل ما ذكر معنى فكذا يجب أن يكون عملاً.

(١) في أ: أنه على.

باب ميراث القاتل

قال المصنف رحمه الله تعالى: (كل قتل مضمون بقصاص أو دية أو كفارة يمنع القاتل ميراث المقتول سواء كان عمداً أو خطأ بمباشرة أو سبب، صغيراً كان القاتل أو كبيراً).

أما كون القتل يمنع القاتل الإرث في الجملة؛ فلما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ قال: « ليسَ لقاتلٍ شيء »[1]. رواه ابن عبدالبر.

وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: « مَنْ قتلَ قتيلاً فإنهُ لا يرثُه، وإن لم يكنْ لهُ وارثٌ غيرهُ، وإن كانَ والدهُ أو ولده »[2] رواه الإمام أحمد.

وروي عن عمر « أنه أعطى دية[3] ابن قتادة المذحجي لأخيه دون أبيه وكان قد حذفه بسيف فقتله »[4]. واشتهر ذلك بين الصحابة ولم يُنكر فكان إجماعاً.

وقال عمر: سمعت رسول الله ﷺ يقول: « ليس لقاتل شيء »[5] . رواه مالك في موطئه.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ١٨٦ كتاب قتال أهل البغي، باب العادل يقتل الباغي أو الباغي يقتل العادل...

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٢٢٠ كتاب الفرائض ، باب لا يرث القاتل.

(٣) ساقط من أ.

(٤) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٨: ٧٢ كتاب الديات، باب أسنان دية العمد إذا زال فيه القصاص. ولفظه: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن قتادة بن عبدالله كانت له أمة ترعى غنمه فبعثها يوما ترعاها فقال له ابنه منها : حتى متى تستأمي أمي والله لا تستأمها أكثر مما استأميتها فأصاب عرقوبه فطعن في خاصرته فمات قال: فذكر ذلك سراقة بن مالك بن جعشم لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال له: وائتني من قابل ومعك أربعون أو قال: عشرون ومائة من الإبل قال: ففعل فأخذ عمر رضي الله عنه منها ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين ما بين ثنية إلى بازل عامها كلها خلفة فأعطاها إخوته ولم يورث منها أباه شيئاً. وقال: لولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول: لا يقاد والد بولد لقتلتك أو لضربت عنقك ».

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (٣٤٧) ١: ٤٩.
وأخرجه مالك في موطئه (١٠) ٢: ٦٦٠ كتاب العقول، باب ما جاء في ميراث العقل والتغليظ فيه.

ولأن توريث القاتل يفضي إلى تكثير القتل؛ لأن الوارث ربما استعجل موت موروثه ليأخذ ماله ؛ كما فعل الاسرائيلي الذي قتل عمه فأنزل الله فيه[1] قصة البقرة.

وأما كون كل قتل مضمون بقصاص؛ كالقتل العمد ، أو دية كالخطأ ، أو كفارة؛ كمن رمي إلى صف الكفار ولم يعلم أن فيهم مسلماً، وكان فيهم موروثه المسلم سواء كان عمداً أو خطأ بمباشرة أو سبب، صغيراً كان القاتل أو كبيراً : يمنع القاتل ميراث المقتول ؛ فلأنه قاتلٍ . فيدخل في الأحاديث المتقدم ذكرها غير مساوٍ لغير المضمون. فوجب المنع عملاً بالمقتضي السالم عن المعارض.

قال: (وما لا يضمن بشيء من هذا؛ كالقتل قصاصاً أو حداً أو دفعاً عن نفسه ، وقتل العادل الباغي ، والباغي العادل : فلا يمنع . وعنه: لا يرث الباغي العادل ولا العادل الباغي فيُخرَّج منه أن كل قاتلٍ لا يرث).

أما كون ما لا يضمن من القتل كالقتلِ قصاصاً أو حداً أو دفعاً عن نفسه لا يمنع الإرث على المذهب ؛ فلأن فاعله فعل فعلاً مأذوناً فيه . فلم يمنع الميراث؛ كما لو أطعمه وسقاه فأفضى إلى تلفه.

ولأنه حرم الميراث فيما تقدم كيلا يفضي إلى إيجاد القتل المحرم، وزجراً عن إعدام النفس المعصومة وهو مفقود هنا . بل كونه مانعاً من الإرث مفضٍ إلى منع إقامة الحد الواجب، واستيفاء الحق المشروع. وإذا ثبت كونه غير مانعٍ من الإرث وجب كونه وارثاً ؛ لعموم الأدلة المقتضية للإرث السالمة عن المانع.

وأما كون قتل العادل الباغي لا يمنع الإرث على روايةٍ؛ فلما تقدم ذكره.

وأما كونه يمنعه على ذلك؛ فلعموم الحديث المتقدم ذكره.

وأما كون قتل الباغي العادل لا يمنع الإرث على روايةٍ ؛ فلأنه غير مضمون . أشبه قتل العادل الباغي.

وأما كونه يمنعه على روايةٍ؛ فلعموم الحديث المتقدم ذكره.

---

(١) ساقط من أ.

وأما كون قتل العادل الباغي يُخَرَّج منه أن كل قاتل لا يرث ؛ فلأن العادل مأذون له في القتل. فإذا منع من الإرث مع الإذن جاز أن يمنع منه كل قاتل؛ لأن أعلى مراتبه: أن يكون مأذوناً له في ذلك. ويعضده عموم الأحاديث في القاتل.

والأول أولى؛ لما ذكر.

باب ميراث المعتق بعضه

قال المصنف رحمه الله تعالى: (لا يرثُ العبدُ ولا يورَث. سواء كان قناً أو مدبراً أو مكاتباً أو أم ولد).

أما كون العبد القِنّ لا يرِث؛ فلأن فيه نقصاً منع كونه موروثاً؛ لما يأتي. فمنع كونه وارثاً؛ كالمرتد.

وأما كونه لا يورَث؛ فلأنه لا مال له، أو ملكه ناقص غير مستقر يزول إلى سيده بزوال ملكه فيه بدليل قوله عليه السلام: «منْ باعَ عبداً وله مالٌ فمالهُ للبائعِ إلا أن يَشترطهُ المبتَاع»[1].

ولأن السيد أحق بأكسابه في حياته. فكذلك بعد مماته.

وأما كون المدبر لا يرِث ولا يورَث؛ فلأن فيه جميع أحكام العبودية.

وأما كون أم ولد لا ترِث ولا تورَث؛ فلأنها رقيقة جاز فيها جميع أحكام الرق إلا ما ينقل الملك أو يراد له؛ كالرهن. وليس شيء منهما من ذلك.

وأما كون المكاتب لا يرِث ولا يورَث؛ فلأنه عبد ما بقي عليه درهم هكذا قال رسول الله ﷺ[2].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٢٥٠) ٢: ٨٣٨ كتاب المساقاة، باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط...

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٤٣) ٣: ١١٧٣ كتاب البيوع، باب من باع نخلاً عليها ثمر. كلاهما من حديث ابن عمر.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٢٦) ٤: ٢٠ كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت. ولفظه: عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ: «المكاتبُ عبدٌ ما بقيَ عليه من مكاتبته درهم».

قال: (فأما المعتق بعضه فما كَسَبَه بجزئه الحر فلورثته. ويرث ويحجب بقدر ما فيه من الحرية).

أما كون ما كَسَب المعتق بعضه بجزئه الحر لورثته ؛ فلأنه يورَث بذلك لما يأتي بعد.

وأما كونه يرث ويحجب بقدر ما فيه من الحرية ؛ فلأن ابن عباس روى أن النبي ﷺ « قال في العبد يعتقُ بعضُه: يرِثُ ويورَثُ على قدرِ ما عتقَ منه ».

ولأنه يجب أن يثبت لكلٍّ بعض حكمه ؛ كما لو كان الآخر مثله ، وقياساً لأحدهما على الآخر.

قال: (فإذا كانت بنت وأم نصفهما حر وأب حر: فللبنت بنصف حريتها نصف ميراثها وهو الربع، وللأم مع حريتها ورق البنت الثلث، والسدس مع حرية البنت فقد حجبتها حريتها عن السدس فبنصف حريتها تحجبها عن نصفه يبقى لها الربع لو كانت حرة فلها بنصف حريتها نصفه وهو الثمن، والباقي للأب. وإن شئت نزّلتهم أحوالاً كتنزيل الخناثى).

أما كون البنت المذكورة لها بنصف حريتها نصف ميراثها ؛ فلأنها لو كانت كاملة الحرية لكان لها النصف . فوجب أن يكون لها بنصف حريتها نصفه.

وأما كونه الربع ؛ فلأن نصف النصف ربع.

وأما كون الأم لها الثمن؛ فلما ذكر المصنف رحمه الله وذلك أن يقول: لها السدس مع رق البنت، ونصف السدس مع حرية البنت فلها نصف السدس وربعه مع رق نصف البنت وذلك ثمن.

وأما كون الباقي للأب ؛ فلأنه له السدس بالفرض، وما بقي بعده بالتعصيب؛ لأنه أولى رجل ذكر.

وأما كون عامل المسألة إن شاء نزّلهم أحوالاً كتنزيل الخناثى ؛ فلأن لهم شبهاً بهم . فوجب تنزيلهم أحوالاً كتنزيلهم.

فعلى هذا تقول في المسألة المذكورة في حال حرية البنت والأم: للبنت النصف، وللأم السدس، والباقي للأب، وهو الثلث . وفي حال رقهما: المال كله للأب . وفي حال رق البنت وحدها: للأم الثلث، وللأب الثلثان . وفي حال رق الأم

وحدها: للبنت النصف، والباقي للأب . فللبنت في الأحوال الأربعة مال كامل؛ لأن لها ذلك في حالين، ولا شيء لهما في الحالين الآخرين. فإذا قسمته على الأحوال الأربعة حصل لها الربع، وللأم نصف المال. فإذا قسمته على الأحوال الأربعة حصل لها الثمن، وهذا أحد طريقي العمل.

والأخرى أن يقول: مسألة الحرية فيهما من ستة ، ومسألة الرق فيهما من واحد ، ومسألة رق البنت وحدها من ثلاثة ، ومسألة رق الأم وحدها من اثنين، والواحد والثلاثة والاثنان تدخل في ستة فاضرب ستة في الأحوال الأربعة تكن أربعة وعشرين: للبنت ثلاثة في حال، وثلاثة في حال صار ذلك ستة ، وللأم سهمان في حال وسهم في حال صار ذلك ثلاثة، وللأب المال كله في حال، والثلث في حال، والنصف في حال، والثلثان في حال صار ذلك خمسة عشر.

قال: (وإذا كان عصبتان نصف كل واحد منهما حر؛ كالأخوين: فهل تكمل الحرية فيهما ؟ يحتمل وجهين).

أما كون الحرية تكمل فيما ذكر على وجهٍ ؛ فلأن نصفي شيء شيءٌ كامل.

ولأن ذلك قياس قول علي.

فعلى هذا إن كانا وارثين نصفهما حر كما مثل المصنف ورثا المال كله، وإن كان نصف أحدهما حراً وربع الآخر حراً ورثا ثلاثة أرباع المال وعلى هذا فقس .

وأما كون الحرية لا تكمل على وجهٍ ؛ فلأنها[1] لو كملت لم يظهر للرق أثر؛ لأنهما في الصورة المتقدمة يرثان المال نصفين، وهذا شأن كامل الحرية.

قال: (وإن كان أحدهما يحجب الآخر كابن وابن ابن فالصحيح أنها لا تكمل).

أما كون الصحيح في حرية من ذكر أنها لا تكمل ؛ فلأن الشيء[2] لا يكمل بما يُسقطه، ولا يجمع بينه وبين ما ينافيه.

وأما كونها يجري فيها الخلاف المتقدم ؛ فلما تقدم.

---

(١) في أ: فلو أنها.

(٢) في أ: فلأن النبي ﷺ ، وهو وهم.

باب الولاء

قال الله تعالى: ﴿فإن لم تعلموا ءاباءهم فإخوانُكم في الدين ومَوَاليكم﴾ [الأحزاب: ٥].

وقال النبي ﷺ: « الولاء لمن أعتق »[1] متفق عليه.

وقال عليه السلام: « الولاء لحمة كلحمة النسب »[2].

قال المصنف رحمه الله تعالى: (كل من أعتق عبداً أو عتق عليه برحم أو كتابة أو تدبير أو استيلاد أو وصية بعتقه: فله عليه الولاء، وعلى أولاده من زوجة معتقة، أو من أمته، وعلى معتقيه ومعتقي أولاده وأولادهم ومعتقهم أبداً ما تناسلوا).

أما كون الولاء للمعتِق على المعتَق بالمباشرة فظاهر؛ لأن الحديث يتناوله بصريحه.

وأما كونه له على من يعتق عليه بأحد الأسباب المذكورة ؛ فلأنه عتق بسبب من جهته . أشبه ما لو باشره بالعتق.

وأما كون الولاء له على أولاد من له عليه الولاء وإن نزلوا ؛ فلأن الولد تابع له.

ولأنه إذا كان الولاء له على الأصل . فلأن يكون له على الفرع بطريق الأولى.

ولأن الولد جزءٌ من الوالد أو كالجزء. فإذا كان الولاء له على الوالد . فلأن يكون له على جزئه أو ما هو كجزئه بطريق الأولى.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٦٠) ٢: ٧٥٩ كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٤) ٢: ١١٤١ كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

(٢) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

واشترط المصنف رحمه الله تعالى في الولاء على الأولاد: أن يكونوا من زوجةٍ معتقة أو من أمته؛ لأن الزوجة إن كانت حرة الأصل لم يكن على الأولاد ولاء؛ لما سيأتي دليله في موضعه إن شاء الله تعالى.

والأمة إن كانت لغيره كان الولد عبداً، وإن عتق كان ولاؤه لمعتقه.

وأما كون الولاء له على معتقي المعتق ومعتقي أولاده ؛ فلأن الولاء يثبت على المعتق للإنعام عليه والمنعِمُ على المنعَمِ عليه مُنعِمٌ عليه.

وأما كونه له ذلك على معتقي أولاد معتقيه وأولاد معتقي أولاد معتقيه[1] ؛ فلأن نسبة الوالد إليهم كنسبة ولد المعتق إليه.

وأما كونه له ذلك على معتقي أولاد معتقي أولاد معتقيه[2] وإن بعد ذلك ؛ فلأن المنعم على المنعم على من أعتقه منعم على من أعتقه وإن بعد.

قال: (ويرث به عند عدم العصبة من النسب، ثم يرث به عصباته من بعده الأقرب فالأقرب . وعنه: في المكاتب إذا أدى إلى الورثة أن ولاءه لهم. وإن أدى إليهما فولاؤه بينهما . ومن كان أحد أبويه حر الأصل ولم يمسّه رقٌّ فلا ولاء عليه).

أما كون المعتِق يرث بالولاء عند عدم العصبة؛ فلما تقدم من قوله ﷺ[3] « الولاء لحمة كلحمة النسب »[4]، ومن توريث النبي ﷺ له عند عدم العصبة ، ومن توريثه بنت حمزة من الذي أعتقته[5].

وأما كون عصباته من بعده ترث ؛ فلأنه حق من حقوقه . فوجب أن ترث به عصباته؛ كالنسب.

وأما كون ذلك للأقرب فالأقرب ؛ فلأن الإرث بالولاء مشبه بالإرث بالنسب . فوجب أن يثبت فيه حكمه.

---

(١) في أ: على أولاد معتقه وأولاد معتقي أولاد معتقه.

(٢) في أ: معتقه.

(٣) زيادة من ج.

(٤) سبق تخريجه ص: ٣٠٥.

(٥) سبق ذكره ص: ٣٠٥.

وأما كون ولاء المكاتب إذا أدى إلى الورثة لهم على روايةٍ ؛ فلأن المكاتب عبد فإذا مات السيد انتقل إلى الورثة مكاتباً . فإذا أدى عتق عليهم ؛ كما لو اشتراه شخص فأدى إليه.

وأما كون ولائه بينهما إذا أدى إليهما على روايةٍ ؛ فلأن العتق[1] يتبع الأداء في رواية.

وأما كون من كان أحد أبويه حر الأصل ولم يمسه رقٌ لا ولاء عليه ؛ فلأن الأم إن كانت حرة الأصل فالولد يتبعها في انتفاء الرق إذا كان الأب رقيقاً . فلأن يتبعها في نفي الولاء وحده أولى.

والأب إن كان حر الأصل فالولد يتبعه فيما إذا كان عليه ولاء بحيث يصير الولاء عليه لموالي أبيه[2] . فلأن يتبعه في سقوط الولاء عنه بطريق الأولى.

قال: (ومن أعتق سائبةً أو في زكاته أو نذره أو كفارته ففيه روايتان:

أحدهما : له عليه الولاء .

والثانية : لا ولاء له عليه. وما رجع من ميراثه ردّ في مثله يُشترى به رقابٌ يعتقهم).

أما كون العتق سائبة فأن يقول لعبده: أعتقتك سائبة، أو أعتقتك ولا ولاء لي عليك.

وأما كون الولاء للمعتِق على المعتَق سائبةً في روايةٍ ؛ فلدخوله في قوله عليه السلام: « الولاءُ لمن أعتَقْ »[3].

وأما كونه لا ولاء له عليه وما رجع من ميراثه يُشتَرَى به مثله في روايةٍ ؛ فلأنه جعله لله.

و « لأن ابن عمرَ أعتقَ عبداً سائبة فماتَ فاشترى بمالهِ رِقاباً فأعتقهُم ».

---

(١) في أ: المعتق.

(٢) في أ: ابنه.

(٣) سبق تخريجه ص: ٤٣٩.

قال المصنف في المغني: والأول أصح في الأثر والنظر ؛ لما روي عن عطاء « أن طارق بن المرقع أعتقَ سوائبَ فماتُوا فكتبَ عمر : أن ادفعْ مالَ الرجلِ إلى مولاهُ فإن قبلهُ وإلا فاشترِ بهِ رقاباً فأعتقهمْ عنْه »[1].

وروي « أن رجلاً جاء إلى عبدالله فقال: إني أعتقت عبداً لي وجعلته سائبة فمات وترك مالاً ولم يدع وارثاً . فقال عبدالله: أنت وليّ نعمته... مختصر »[2] رواه مسلم.

وأما فعل ابن عمر فمحمول على الورع[3]؛ لأن في ذلك جمعاً بين فعله وقوله مع موافقة الآثار المذكورة.

وأما كون الولاء للمعتِق على المعتَق في زكاته في روايةٍ ؛ فلدخوله في الحديث.

ولأن عائشة اشترت بريرة بشرط العتق[4] وهو يوجب العتق، ولم يمنع ذلك ثبوت الولاء لها عليها.

وأما كونه لا ولاء له عليه في روايةٍ ؛ فلأنه أعتقه من غير ماله . فلم يكن له الولاء عليه ؛ كما لو دفعها إلى الساعي فاشترى بها وأعتق، وكما لو دفع إلى المكاتب مالاً فأداه في كتابته.

والفرق بين ذلك وبين اشتراط العتق: أنه في الاشتراط أعتق ماله.

وأما كون الولاء للمعتِق على المعتَق في نذره أو كفارته في روايةٍ، وكونه لا ولاء له عليه في روايةٍ ؛ فلاشتراكه مع المعتق في كونه من شيء واجب عليه صرفه في جهته.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٢٣) ١: ٨٣ كتاب الفرائض باب ميراث السائبة.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣٠٠ كتاب الولاء، باب من أعتق عبداً له سائبة.

(٢) أخرجه البيهقي في الموضع السابق. ولم أره في مسلم

(٣) في أ: الفروع.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٦٠) ٢: ٧٥٩ كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٤) ٢: ١١٤١ كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق.

قال: (ومن أعتق عبدَه عن ميت أو حيٍّ بلا أمره فولاؤه للمعتق. وإن أعتقه عنه بأمره فالولاءُ للمعتق عنه).

أما كون الولاء للمعتِق فيما إذا أعتق عبده عن غيره بلا أمره ؛ فلأنه معتق فدخل في قوله عليه السلام: « وإنما الولاء لمن أعتق »[1].

وأما كون الولاء للمعتق عنه فيما إذا أعتقه عنه بأمره ؛ فلأنه نائبٌ عنه في الإعتاق . فكان الولاء للمعتق عنه ؛ كما لو باشره.

قال: (فإذا قال: أعتق عبدك عني وعليّ ثمنه ففعل فالثمن عليه والولاء للمعتق عنه . وإن قال: أعتقه والثمن عليّ ففعل فالثمن عليه والولاء للمعتق).

أما كون الثمن على القائل في المسألة الأولى والولاء للمعتق عنه ؛ فلأنه أعتق عنه بشرط العوض فتقدر ابتياعه منه ثم توكيله في عتقه[2] ليصح عتقه عنه فيكون الثمن عليه والولاء له ؛ كما لو ابتاعه منه ثم وكله في عتقه.

وأما كون الثمن عليه في المسألة الثانية ؛ فلأنه جعل له جعلاً على إعتاق عبده . فلزمه ذلك بالعمل ؛ كما لو قال: من بنى هذا الحائط فله دينار فبناه إنسان.

وأما كون الولاء للمعتق ؛ فلأنه لم يأمره بإعتاقه عنه ولا قصد به المعتق ذلك . فلم يوجد ما يقتضي صرفه إليه فيبقى للمعتق؛ لما تقدم في الحديث.

قال: (وإن قال الكافر لرجل: أعتق عبدك المسلم عنى وعليّ ثمنه ففعل فهل يصح ؟ على وجهين)[3].

أما كون ما ذكر لا يصح على وجهٍ؛ فلأنه تلزم من الصحة ثبوت الملك المقدر للكافر على المسلم، والمقدر كالمحقق، وثبوت المحقق لا يجوز؛ لما فيه من الصَّغَار . فكذلك ثبوت ما يشبهه.

وأما كونه يصح على وجهٍ ؛ فلأنه يحصل له نفعٌ عظيم في مقابلة ثبوت الملك المقدر ؛ لأن خلاص الرقبة فيه نفع عظيم ؛ لأنه يصير متهيئاً للطاعات وإكمال القربات.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٣٩.

(٢) في أ: ثم عتقه.

(٣) في أ: وعليّ ثمني ففعل فهل يصح فعلى وجهين.

قال: (ومن أعتق عبداً يُباينه في دينه فله ولاؤه وهل يرث به ؟ على روايتين : أحدهما : لا يرث ؛ لكن إن كان له عصبة على دين المعتَق ورثه . وإن أسلم الكافر منهما ورث المعتِق روايةً واحدة).

أما كون من أعتق عبداً يباينه في دينه له ولاؤه ؛ فلأنه معتق . فيدخل في عموم قوله عليه السلام: « وإنما الولاء لمن أعتق »[1].

وأما كونه يرث به[2] على روايةٍ ؛ فلأنه يروى عن علي أنه قال: « الولاءُ شعبةٌ منَ الرّق »[3].

وأما كونه لا يرث به على روايةٍ ؛ فلقوله عليه السلام: « لا يرثُ المسلمُ الكافرَ ، ولا الكافرُ المسلمَ »[4].

ولأنه ميراث . فمنعه منه تباين الدين ؛ كميراث النسب.

قال المصنف في المغني: وهذا -يعني عدم الإرث- أصح في الأثر والنظر . وظاهر كلام أحمد الإرث به[5]؛ لأنه شبهه بالرق فلم يصر تباين الدين . بخلاف الإرث بالنسب.

فعلى هذا إذا مات معتق وخلّف مولاه المباين له في دينه وعصبة له على وفق دين المعتق يكون ميراثه لمولاه على الرواية الأولى ولعصبة مولاه على الثانية. وإن أسلم الكافر من السيد والمعتق ورثه السيد قولاً واحداً؛ لأن الولاء له ولا مانع من الإرث . فوجب ثبوته عملاً بالمقتضي السالم عن المعارض.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٣٩.

(٢) في أ: يرثه.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣٠٢-٣٠٣ كتاب الولاء ، باب : المولى المعتَق إذا مات و لم يكن له عصبة قام المعتِق مقام العصبة .

(٤) سبق تخريجه ص: ٤٠٧.

(٥) ساقط من أ.

فصل [في إرث النساء من الولاء]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (ولا يرثُ النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن، أو كاتبن، أو كاتب من كاتبن. وعنه: في بنت المعتق خاصة ترث. والأول أصح).

أما كون النساء لا يرثن بالولاء من لم يعتقنه[1] وإن أعتقه موروثهن على المذهب ؛ فلأن المرأة من موروثها المعتق بمنزلة النسب من الأخ والعم ونحوهما فولده من العتيق بمنزلة ولد أخيه وعمه، ولا ترث منهم الأنثى . فكذلك هاهنا.

وأما كونهن يرثن ما أعتقن ... إلى آخره ؛ فلأن عائشة أعتقت بريرة. وقال النبي ﷺ فيها: « إنما الولاء لمن أعتق »[2] متفق عليه.

وقال ﷺ: « تحوزُ المرأةُ ثلاثةَ مواريث: عَتيقَهَا ولقِيطَهَا وولَدَهَا الذي لاعنتْ عليه »[3]. قال الترمذي: حديث حسن.

ولأن المرأة منعمة بالإعتاق . أشبهت الرجل.

وأما كون بنت المعتق خاصة ترث على روايةٍ ؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه ورّث بنت حمزة من الذي أعتقه حمزة[4].

وأما كون الأول أصح ؛ فلأن البنت من النساء فلا ترث معتق ابنها كسائر النساء . وأما الحديث فقال عبدالله بن شداد: « كان لبنت حمزة مولى أعتقته فمات وترك ابنته ومولاته بنت حمزة . فرفع ذلك إلى النبي ﷺ فأعطى ابنته النصف وأعطى مولاته بنت حمزة النصف –قال عبدالله بن شداد: أنا أعلم بها لأنها أختي

---

(١) في أ: يعتقه إلى آخره.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٣٩.

(٣) سبق تخريجه ص: ٣٢٤.

(٤) سبق ذكره ص: ٣٠٥.

من أمي أمنا سلمى- »[1]. رواه اللبان بإسناده. وقال: هذا أصح مما روى إبراهيم . يعني أن الولاء[2] كان لحمزة.

قال: (ولا يرث منه ذو فرض إلا الأب والجد يرثان السدس مع الابن ، والجد يرث الثلث مع الإخوة إذا كان أحظ له).

أما كون ذي الفرض غير الأب والجد لا يرث من الولاء؛ كالأخ من الأم والزوج إذا لم يكونا ابني عم ؛ فلأنه مختص بالعصبات ، وليس من ذكر عصبة بحال.

وأما كون الأب يرث السدس مع الابن ؛ فلأنه عصبة في الجملة ، وهو يرث السدس مع الابن في غير الولاء . فكذا في الولاء.

وأما كون الجد يرث ذلك مع الابن ؛ فلأنه يرث ذلك معه مع عدم الأب في غير الولاء . فكذا فيه.

وأما كونه يرث الثلث مع الإخوة إذا كان أحظ له ؛ فلأنه يرث ذلك معهم في غير الولاء . فكذلك في الولاء.

قال: (والولاء لا يورث وإنما يورث به ولا يباعُ ولا يوهب).

أما كون الولاء لا يورث وإنما يورث به؛ لأنه قول عمر وعلي وزيد بن ثابت وابن مسعود وأبي بن كعب وابن عمر وأبي مسعود البدري وأسامة بن زيد [رضي الله عنهم][3].

ولأن النبي ﷺ شبهه بالنسب[4] ، والنسب لا يورَث وإنما يورَث به.

وأما كونه لا يباع ولا يوهب؛ فـ « لأن النبي ﷺ نهَى عن بيعِ الولاءِ وهبتِه »[5]. [متفق عليه][6].

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (١٧٤) ١: ٧٣ كتاب الفرائض، باب ميراث المولى مع الورثة.
(٢) في أ: المولى.
(٣) زيادة من ج.
(٤) وذلك بقوله ﷺ : « الولاء لحمة كلحمة النسب » . وقد سبق تخريجه ص: ٣٠٥.
(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٩٨) ٢: ٨٩٦ كتاب العتق، باب بيع الولاء وهبته.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٦) ٢: ١١٤٥ كتاب العتق، باب النهي عن بيع الولاء وهبته.
(٦) زيادة من ج.

قال: (وهو للكبَر[1]. فإذا مات المعتق وخلف عتيقه وابنين فمات أحد الابنين بعده عن ابن، ثم مات العتيق فالميراث لابن المعتق. وإن مات الابنان بعده وقبل مولاه وخلّف أحدهما ابناً والآخر تسعة فولاؤه بينهم على عددهم لكل واحد عشرة).

أما قول المصنف رحمه الله تعالى: وهو للكِبَر[2]؛ فمعناه أن المعتق يرثه من عصبات سيده أقربهم إليه وأولاهم بميراثه يوم مات.

قال ابن سيرين: إذا مات المعتق نظر إلى أقرب الناس إلى الذي أعتقه فيجعل ميراثه له. وسيتضح ذلك بالمسألة المذكورة بعد.

وأما كون الميراث لابن المعتق دون ابن ابنه فيما إذا مات المعتق وخلّف عتيقه وابنين فمات أحد الابنين بعده عن ابن ثم مات المعتق ؛ فلأن ابن المعتق أقرب عصبة السيد؛ لأن السيد لو مات وترك ابنه وابن ابنه كان ميراثه لابنه دون ابن ابنه.

وأما كون الولاء بين البنين على عددهم لكل واحدٍ عشرة فيما إذا مات الابنان بعده وقبل المولى وخلّف أحدهما ابناً والآخر تسعة ؛ فلأن السيد لو مات كان ميراثه بينهم كذلك . فكذلك ميراث مولاه.

قال: (وإذا اشترى رجلٌ وأخته أباهما أو أخاهما فعتق ثم اشترى عبداً فأعتقه، ثم مات المعتق، ثم مات مولاه : ورثه الرجل دون أخته . وإذا ماتت المرأة وخلّفت ابنها وعصبتها ومولاها فولاؤه لابنها، وعقله على عصبتها).

أما كون الإرث في المسألة الأولى للرجل دون أخته ؛ فلأنه عصبة المعتق، والأخت مولاة المعتق، وعصبة المعتق مقدمة على معتق المعتق.

وأما كون الولاء لابن المرأة وعقله على عصبتها ؛ فلما روى زياد بن أبي مريم « أن امرأةً أعتقتْ عبداً لها ثمّ توفيتْ ، وتركتْ ابناً لها وأخاها ثم توفي مولاهَا من بعدها . فأتَى أخو المرأةِ وابنهَا رسول الله ﷺ في ميراثِهِ . فقال عليه السلام: ميراثُهُ

---

(١) في أ: الكبر.
(٢) في أ: الكبر.

لابنِ المرأةِ . فقالَ أخوهَا: لوْ جَرَّ جريرةً كانتْ عليّ ويكون ميراثهُ لهذا ؟ قال: نعم »[1].

وروى إبراهيم قال: « اختصمَ عليّ والزبير في مولىَ صفية. فقال عليّ: مولى عمتي وأنا أعقلُ عنه ، وقال الزبير[2]: مولى أمي وأنا أرثُه. فقضى عمر للزبير بميراثِهِ ، وقضى علَى عليٍّ بالعقل »[3]. رواه الإمام أحمد وسعيد في السنن رضي الله عنهما.

(١) أخرجه الدارمي في سننه (٣٠٠٥) ٢: ٢٥٣ كتاب الفرائض، باب الولاء.

(٢) في أ: قال الزبير.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٧٤) ١: ٩٤ كتاب الفرائض، باب الرجل يعتق فيموت ويترك ورثة ثم يموت المعتق.

فصل في جر الولاء

قال المصنف رحمه الله تعالى: (كل من باشرَ العتق أو عتق عليه لا ينتقل عنه بحال. فأما إن تزوج العبد معتقة فأولدها فولاء ولدها لمولى أمه. فإن أعتق العبد سيده انجرّ ولاء ولده إليه، ولا يعود إلى موالي الأم بحال).

أما كون ولاء من باشر العتق أو عتق عليه لا ينتقل عنه بحال ؛ فلأن النبي ﷺ أثبت الولاء له.

ولأن غيره ليس مثله في النعمة.

ولأن مقتضى الدليل أن لا ينتقل حق عن مستحقه . خولف فيمن اشترى أبا من عليهم الولاء تبعا لأمهم للحديث . فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل.

وأما كون الولاء لمولى الأم فيما إذا تزوج العبد معتقة فأولدها ؛ فلأن مولى الأم هو سبب الإنعام على الولد؛ لكونه انعتق بعتق أمه.

وأما كون الولاء ينجرّ إلى سيد العبد إذا أعتقه فلما روى عبدالرحمن عن الزبير « أنه لما قدمَ خيبر رأى فتيةً لُعْساً فأعجبهُ ظرْفُهم وجمالُهم . فسألَ عنهم . فقيلَ : موالي رافع بن خديج وأبوهم مملوك لآلِ الحرقة . فاشترَى الزبيرُ أباهمْ فأعتقه ، وقال لأولاده : انتسبوا إليّ فإن ولاءكمْ لي. فقال رافع : الولاءُ لي فإنهم عتقُوا بعتقي أمهم . فاحتكمُوا إلى عثمان فقضَى بالولاءِ للزبير »[1]. فاجتمعت الصحابة عليه.

ولأن الانتساب إلى الأب تعذر لما كان عبداً . فإذا عتق زال ذلك . فوجب عوده؛ لزوال التعذر.

وأما كون الولاء لا يعود إلى موالي الأم بحال . والمراد بذلك: أنه إذا انقرض موالي الأب لا يرجع الولاء إلى موالي الأم بل يكون لبيت المال ؛ فلأن الولاء جرى

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣٠٧ كتاب الولاء، باب ما جاء في جر الولاء.

مجرى الانتساب ولو انقرض الأب وآباؤه لم تعد النسبة[1] إلى الأم . فكذلك الولاء. وإذا لم تعد إلى موالي الأم، ولم يبق من موالي الأب أحد تعين كونه لبيت المال ؛ كما لو مات المعتق ولا موالي له.

قال: (وإن أعتق الجد لم يجرّ ولاءهم في أصح الروايتين . وعنه: يجره).

أما كون معتق الجد لا يجر ولاء ولد ولده على روايةٍ ؛ فلأنه لا نص فيه.

وأما كونه يجره على روايةٍ ؛ فلأنه أب في الجملة . فجره؛ كالأب.

ولأن الجد يقوم مقام الأب في التعصيب وأحكام النسب . فكذلك في جر الولاء.

وأما[2] كون الأولى وهي أصح في المذهب ؛ فلأن الأصل بقاء الولاء لمستحقه. خولف هذا الأصل فيما إذا أعتق الأب؛ للاتفاق عليه. والجد لا يساويه بدليل أنه لو أعتق الأب بعد الجد جره عنه موالي الجد إليه، ولو أسلم الجد لم يتبعه ولد ولده.

ولأن الجد يدلي بغيره . فيبقى فيما عداه على مقتضى الأصل.

قال: (وإن اشترى الابن أباه عتق عليه وله ولاؤه وولاء إخوته ، ويبقى ولاؤه لمولى أمه ؛ لأنه لا يجر ولاء نفسه).

أما كون الابن إذا اشترى أباه يعتق عليه؛ فلقوله ﷺ: « منْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ فهوَ حُرّ »[3].

وأما كونه له ولاؤه ؛ فلأنه عتق بسبب شرائه له فكان ولاؤه له ؛ كما لو باشره بالعتق.

وأما كونه له ولاء إخوته ؛ فلأنهم تبع لأبيهم.

وأما كون ولائِه يبقى لمولى أمه؛ فلما ذكر المصنف رحمه الله تعالى.

---

(١) في أ: يعد النسب.

(٢) في أ: أما.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٤٩) ٤: ٢٦ كتاب العتق، باب فيمن ملك ذا رحم محرم.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٥) ٣: ٤٩٢ كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٢٤) ٢: ٨٤٣ كتاب العتق، باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر.

قال: (وإن اشترى الولد عبداً فأعتقه، ثم اشترى العتيق أبا معتقه فأعتقه: ثبت له ولاؤه وجرّ ولاء معتقه فصار كل واحد منهما مولى الآخر. ومثله لو أعتق الحربي عبداً ثم سبى العبد مُعتقه فأعتقه فلكل واحد منهما ولاء صاحبه).

أما كون الولاء يثبت للعتيق على أبي معتقه ؛ فلأنه معتقُه.

وأما كونه يجر ولاء معتقه ؛ فلأنه أعتق أباه.

وأما كون كل واحدٍ منهما يصير مولى الآخر ؛ فلأن الولد مولى المعتق؛ لأنه أعتقه والمعتق مولى الولد؛ لأنه أعتق أباه.

ولا بد أن يلحظ أن الولد كان من معتقه ليكون الولاء عليه لمولى أمه حتى ينجر ولاؤه إلى المعتق بشراء أبيه . ولو قدر أن الولد من حرة الأصل لم يكن عليه ولاء فضلاً أن ينجر إلى أحد.

وأما كون الحربي إذا أعتق عبداً ثم سبى العبد معتقه فأعتقه مثل ما تقدم ذكره ؛ فلأنهما سواء معنى فكذا يجب[1] أن يكون حكماً.

وأما كون كل واحدٍ منهما له ولاء صاحبه ؛ فلأن كل واحدٍ منعم على الآخر بخلاص رقبته من الرق.

---

(١) في أ: يجوز.

فصل في دور الولاء

قال المصنف رحمه الله تعالى: (إذا اشترى ابنٌ وبنت معتقة أباهما فعتق عليهما: صار ولاؤه لهما نصفين، وجر كل واحد منهما نصف ولاء صاحبه، ويبقى نصفه لمولى أمه).

أما كون ولاء الأب المعتق يصير لابنه وبنته المشتريين له نصفين ؛ فلأن كل واحدٍ عتق عليه نصفه.

وأما كون كل واحدٍ منهما يجر نصف ولاء[1] صاحبه ؛ فلأن ولاء الولد تابع لولاء الأب.

وأما كون نصفه يبقى لمولى أمه ؛ فلأن الشخص لا يجر ولاء نفسه.

قال: (فإن مات الأب ورثاه أثلاثاً. وإن ماتت البنت بعده ورثها أخوها بالنسب ثم إذا مات أخوها فماله لمواليه وهم: أخته وموالي أمه: فلموالي أمه النصف[2]، والنصف الآخر لموالي الأخت وهم: أخوها وموالي أمها. فلموالي أمها نصف ذلك وهو الربع يبقى الربع وهو الجزء الدائر؛ لأنه خرج من الأخ وعاد إليه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه لموالي الأم.

والثاني: أنه لبيت المال؛ لأنه لا مستحق له).

أما كون الابن والبنت يرثان الأب أثلاثاً ؛ فلأن ميراث النسب مقدمٌ على الولاء، وميراث النسب للذكر مثل حظ الأنثيين.

وأما كون الأخ يرث أخته بالنسب ؛ فظاهر.

---

(١) ساقط من أ.

(٢) في أ: بالنصف.

وأما كون مال الأخ لمواليه ؛ فلأنه لا مناسب له.

وأما كون النصف لموالي الأم والنصف الآخر لموالي الأخت[1] ؛ فلأن الولاء بينهما نصفين.

وأما كون الربع من النصف الذي لموالي الأخت لموالي الأم ؛ فلأن ولاء الأخت بين الأخ وموالى الأخت نصفين.

وأما كون الربع هو الجزء الدائر ؛ فلما ذكر المصنف.

وأما كونه لموالي الأم في وجهٍ ؛ فلأنهم أولى من غيرهم[2].

وأما كونه لبيت المال في وجهٍ؛ فلما ذكر المصنف رحمه الله من أنه لا مستحق له .

---

(١) في أ: لموالي الأخت لموالي الأم.

(٢) في أ: فلأنه أولى من غيره.

كتاب العتق

[1]العتق في اللغة: الخلوص. ومنه: عتاق الخيل وعتاق الطير. سميت بذلك: لخلوصهما . وسمي البيت الحرام عتيقاً: لخلوصه من أيدي الجبابرة .

وهو في الشرع: تحرير الرقبة وتخليصها من الرقّ .

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فتحرير رقبة﴾ [المجادلة:٣] ، وقوله تعالى: ﴿فك رقبة﴾[البلد:١٣].

وأما السنة؛ فما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: « من أَعتقَ رقبةً مؤمنةً أعتقَ اللهُ بكلِ إرْبٍ منه إرْباً منه من النار . حتى أنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج »[2]. متفق عليه.

وأما الإجماع؛ فأجمعت الأمة في الجملة على صحة العتق وحصول القربة.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**وهو من أفضل القُرَب . والمستحب عتق من له كسب. فأما من لا قوة له ولا كسب فلا يستحب عتقه ولا كتابته**).

أما كون العتق من أفضل القرب ؛ فلأن الله تعالى جعله كفارة للقتل ، والظهار ، والوطء في رمضان ، والأيمان. وجعله النبي ﷺ فكاكاً لمعتقه من النار[3].

وأما كون المستحب عتق من له كسب ؛ فلأنه إذا أعتق يجد ما ينفق عليه ولا يبقى عَيْلة ولا محتاجاً.

وأما كون من لا قوة له ولا كسب لا يستحب عتقه ولا كتابته ؛ فلأن في عتقه وكتابته نقلاً له من حالة الغنى بنفقة السيد إلى السؤال والفقر.

قال: (**ويحصل العتق بالقول والملك**).

أما كون العتق يحصل بالقول؛ فظاهر. وسيأتي ذكره بعد.

---

(١) ورد العنوان في أ: باب العتق.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٣٣٧) ٦: ٢٤٦٩ كتاب كفارات الأيمان، باب قول الله تعالى: ﴿أو تحرير رقبة﴾.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٩) ٢: ١١٤٧ كتاب العتق، باب فضل العتق.

(٣) عن كعب بن مرة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول: « من أعتق امرأ مسلما كان فكاكه من النار ».

أخرجه ابن ماجة في السنن (٢٥٢٢) ٢: ٨٤٣ كتاب العتق، باب: العتق.

وأما كونه يحصل بالملك؛ فبأن يملك أباه أو ابنه أو أخاه وما أشبه ذلك. وسيأتي دليله في موضعه إن شاء الله تعالى[1].

قال: (فأما القول فصريحه لفظ: العتق والحرية كيف صرفا . وكنايته: خليتك، والحق بأهلك، واذهب حيث شئت ونحوها).

أما كون العتق له صريح وكناية ؛ فلأنه إزالة قيد . أشبه الطلاق.

وأما كون صريحه لفظ العتق والحرية ؛ فلأنهما وردا في الكتاب والسنة ومثلهما[2]: أعتقتك، وحررتك، وأنت معتق وأنت حر أو محرر أو عتيق.

وفي قول المصنف رحمه الله: كيف صرفا نظر؛ لأن من تصاريف لفظ العتق والحرية الفعل المضارع نحو قولك: أُعْتِقُك وأحررك . وذلك لا يوقع العتق وفاقاً.

وأما كون كنايته[3] ما ذكر ؛ فلأن فيه معنى الإزالة. فجاز أن يكنى به عن العتق؛ كالطلاق.

قال: (وفي قوله: لا سبيل لي عليكَ، ولا سلطان لي عليكَ، ولا ملك لي عليكَ، ولا رق لي عليكَ، وفككت رقبتكَ، وأنت مولاي، وأنت لله، وأنت سائبة : روايتان إحداهما: أنه صريح، والأخرى كناية).

أما كون ما ذكر صريحاً على روايةٍ؛ فلأنه يتضمن العتق . فكان صريحاً ؛ كما لو قال: أعتقتك.

وأما كونه كناية على رواية ؛ فلأنه يحتمل غير العتق.

قال: (وفي قوله: لأمته أنت طالق أو أنت حرام روايتان : إحداهما: أنه كناية، والأخرى : لا يعتق به وإن نوى).

أما كون ما ذكر كناية على روايةٍ ؛ فلأن الرق أحد الملكين في الآدمي. فيزول بلفظ الطلاق والحرام إذا نوى لهما العتق؛ كملك النكاح.

---

(١) ص: ٤٥٦.

(٢) في أ: ومثالهما . ولعل الصواب ما أثبتناه.

(٣) زيادة يقتضيها السياق.

وأما كونه لا يعتق به وإن نوى على روايةٍ ؛ فلأن الرق ملك لا يستدرك بالرجعة. فلم يزل بما ذكر؛ كملك بقية المال.

قال: (وإن قال لعبده وهو أكبر منه: أنت ابني : لم يعتق. ذكره القاضي. ويحتمل أن يعتق).

أما كون العبد المقول له ما ذُكر لا يعتق على المذهب ؛ فلأن كذب سيده محقق. فلم يعتق؛ كما لو قال لأمة وهي أصغر منه: هذه أمي.

وأما كونه يحتمل أن يعتق ؛ فلأن سيده اعترف بما تثبت به حريته. أشبه ما لو أقر بحريته.

قال: (وإذا أعتق حاملاً عتق جنينها إلا أن يستثنيه . وإن أعتق ما في بطنها دونها عتق وحده).

أما كون الجنين يعتق بعتق أمه مع عدم استثنائه ؛ فلأنه تابع لأمه . بدليل دخوله في البيع وغيره.

وأما كونه لا يعتق مع استثنائه ؛ فـ « لأن ابن عمر أعتق أمة واستثنى ما في بطنها ».

ولأنها ذات حملٍ . فصح استثناء حملها كما لو باع نخلة لم تؤبر فاشترط ثمرتها.

وأما كون ما في بطنها يعتق وحده إذا أعتقه دون أمه ؛ فلأن الأم ليست تابعة له. فلم تعتق بعتقه؛ كما لو أعتقه بعد الولادة.

قال: (وأما الملك فمن ملك ذا رحم محرم عتق عليه . وعنه: لا يعتق إلا عمود النسب).

أما كون من ملك ذا رحمٍ محرمٍ من عمودي النسب؛ كالولد وإن نزل ، والوالد وإن علا من عمودي النسب؛ كالأخ وأولاده وإن نزلوا والعم وما أشبه ذلك ممن يحرم نكاحه : يعتق عليه على المذهب ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « منْ مَلكَ ذا رَحِمٍ محرمٍ فهوَ حُر »[1] رواه أبو داود والترمذي. وقال: حديث حسن.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٤٩) ٤ : ٢٦ كتاب العتق، باب فيمن ملك ذا رحم محرم.

⇦

ولأن غير عمودي النسب ذو رحم محرم. فعتق عليه بالملك؛ كعمودي النسب.

وأما كون غير عمودي النسب لا يعتق على روايةٍ ؛ فلأن نفقة غيرهما لا تجب على قول.

والأول أولى؛ لعموم الخبر.

قال: (وإن ملك ولده من الزنا لم يعتق في ظاهر كلامه . ويحتمل أن يعتق).

أما كون ولد الزنا لا يعتق بالملك في ظاهر كلام الإمام أحمد ؛ فلأن أحكام الولد غير ثابتة فيه وهي الميراث، وعدم الحجب، والمحرمية، ووجوب الإنفاق، وثبوت الولاية . فكذا في العتق بالملك.

وأما كونه يحتمل أن يعتق ؛ فلأنه حر حقيقة وقد ثبت فيه حكم تحريم التزويج. ولهذا لو ملك ولده المخالف له في الدين عتق عليه مع انتفاء الأحكام المذكورة.

قال: (وإن ملك سهماً ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وعليه قيمة نصيب شريكه. وإن كان معسراً لم يعتق عليه إلا ما ملك).

أما كون من ملك سهماً مما ذُكر وهو موسر يعتق عليه كله: أما السهم؛ فلأن كل سببٍ إذا وجد في الكل، عتق به: إذا وجد في البعض عتق به؛ كالإعتاق.

وأما بقية الكل ؛ فلأنه إذا أعتقه سرى مع اليسار . فكذلك إذا ملكه باختياره .

وشرط المصنف رحمه الله في ذلك: أن يكون مملوكاً بغير الميراث؛ لأنه مملوك بغير اختياره. وسيأتي ذكره.

وأما كونه عليه قيمة نصيب شريكه ؛ فلأنه فوّته عليه. أشبه ما لو جرح غيره فمات من سراية الجرح.

⇨

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٥) ٣: ٦٤٦ كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن ملك ذا رحم محرم.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٢٤) ٢: ٨٤٣ كتاب العتق، باب من ملك ذا رحم محرم فهو حر.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٠٢١٧) ٥: ١٨ .

وأما كونه لا يعتق عليه إلا ما ملك إذا كان معسراً ؛ فلأن المباشرة مع الإعسار لا يسري بها العتق. فالعتق بالملك بطريق الأولى.

قال: (وإن ملكه بالميراث لم يعتق منه إلا ما ملك . موسراً كان أو معسراً . وعنه: أنه يعتق عليه نصيب الشريك إن كان موسراً).

أما كون ما ملكه بالميراث لا يعتق منه إلا ما ملك . موسراً كان أو معسراً على المذهب ؛ فلأنه ملكه بغير اختياره. فلم يصح إلحاقه؛ كما لو باشر عتقه.

وأما كون نصيب الشريك يعتق عليه إن كان موسراً على رواية ؛ فلأنه سهم ملكه . فيسري إلى نصيب شريكه. أشبه ما لو ملكه بالتسري .

وإنما لم يعتق إذا كان معسراً رواية واحدة؛ لأنه لو باشر عتقه وهو معسر لم يسر . فلأن لا يسري بالملك بالميراث بطريق الأولى.

قال: (وإن مَثّل بعبده فجدع أنفه أو أذنه ونحو ذلك عتق عليه نص عليه . قال القاضي: والقياس أن لا يعتق).

أما كون من مثّل بعبده يعتق عليه على المنصوص ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « من مثّل بعبده فهو حر »[1] . رواه الإمام أحمد.

وأما قول المصنف: فجدع أنفه أو أذنه ونحو ذلك ؛ فتمثيل للتمثيل بالعبد، وتعداد لصور منه.

وأما كون القياس أن لا يعتق على قول القاضي ؛ فلأن ذلك جناية على ماله . فلم يوجب زوال ملكه عنه. أشبه ما لو جنى على دابته.

قال: (وإذا أعتق السيد عبده فماله للسيد . وعنه: أنه للعبد).

أما كون مال من أُعتق لسيده على المذهب؛ فلما روي عن ابن مسعود : « أنه قال لغلامه عمير: يا عمير ! إني أريد أن أعتقك عتقاً هنيئاً . فأخبرني بمالك . فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده ». رواه الأثرم.

---

(١) أخرجه الحاكم في المستدرك (٨١٠٢) ٤: ٤٠٩ كتاب الحدود.

ولأن العبد وماله كانا جميعاً للسيد . فإذا أزال الملك عن أحدهما وجب أن يبقى الملك على الآخر؛ كما لو باعه.

وأما كونه للعبد على روايةٍ؛ فلما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: « من أعتقَ عبداً وله مال فالمال للعبد »[1]. رواه الإمام أحمد.

والأول أصح؛ لما ذكر.

وحديث ابن عمر ضعّفه الإمام أحمد.

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٣٦٤) ٣: ٣٠٩.

فصل [إذا أعتق جزءاً من عبده]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وإذا أعتق جزءاً من عبده معيناً أو مشاعاً عتق كله. وإن أعتق شركاً له في عبد وهو موسر بقيمة باقيه عتق كله، وعليه قيمة باقيه يوم العتق لشريكه. وإن أعتقه شريكه بعد ذلك لم يثبت له فيه عتق. وإن كان معسراً لم يعتق إلا نصيبه وبقي حق شريكه فيه . وعنه: يعتق كله ويُستسعى العبد في قيمة باقيه غير مَشقوق عليه).

أما كون من أعتق جزءاً من عبده معيناً كان الجزء أو مشاعاً يعتق عليه كله ؛ فلأن العتق يسري في عبد الغير لما يأتي . فلأن يسري في عبدٍ له خاصة بطريق الأولى.

وأما كون من أعتق شركاً له في عبد وهو موسر بقيمة باقيه يعتق كله، وعلى المعتق قيمة باقيه لشريكه؛ فلما روى ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال: « من أعتقَ شِركاً له في عبدٍ ، فكان معه ما يبلغُ قيمةَ العبد ، قوّم عليه قيمةَ عدل ، وعَتَقَ عليه جميعَ العبد »[1].

وأما كون القيمة يوم العتق ؛ فلأنه يوم التلف.

وأما كون الشريك إذا أعتقه بعد ذلك لا يثبت له فيه عتق ؛ فلأن عتق المعتَق لا يصح.

وأما كون المعتِق لا يعتق إلا نصيبه إذا كان معسراً على المذهب ؛ فلأن مقتضى الدليل أن لا يعتق على أحدٍ نصيب شريكه. خولف ذلك في اليسار للحديث . فيبقى فيما عداه على مقتضى الدليل.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٨٦) ٢: ٨٩٢ كتاب العتق، باب إذا أعتق عبداً بين اثنين أو أمة بين الشركاء.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠١) ٣: ١٢٨٦ كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.

وأما كون حق شريكه يبقى فيه ؛ فلأن العتق لم يسر إليه.

وأما كون العبد يعتق كله ويُستسعى في قيمة باقيه غير مشقوق عليه على رواية؛ فلما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: « من أعتقَ شِقْصاً له في مملوكٍ فعليه أن يعتقه كله إن كانَ له مال ، وإلا استُسْعَي العبدُ غيرَ مَشْقُوق عليه »[1]. رواه أبو داود.

قال: (وإذا كان العبد لثلاثة: لأحدهم نصفه، ولآخر ثلثه، ولآخر سدسه. فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً وهما موسران عتق عليهما، وضمنا حق شريكهما فيه نصفين، وصار ولاؤه بينهما أثلاثاً . ويحتمل أن يضمناه على قدر ملكيهما فيه).

أما كون العبد يعتق على صاحبي النصف والسدس؛ فلما تقدم.

وأما كونهما يضمنان حق شريكهما فيه نصفين على المذهب ؛ فلأن كل واحدٍ منهما لو انفرد بالعتق لضمن الكل. فإذا وجد سبب التلف منهما وجب الضمان عليهما.

وأما كون ولاء العبد بينهما أثلاثاً ؛ فلأن صاحب النصف عتق عليه النصف بالمباشرة والسدس بالسراية وذلك ثلثا العبد. وصاحب السدس عتق عليه السدس بالمباشرة والسدس بالسراية وذلك ثلث العبد.

وأما كونه يحتمل أن يضمناه على قدر ملكيهما فيه ؛ فلأن التلف حصل بإعتاق ملكيهما. وما وجب بسبب الملك كان على قدره؛ كالنفقة واستحقاق الشفعة.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٦٠) ٨٨٢ كتاب الشركة، باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٣) ٢: ١١٤٠ كتاب العتق، باب ذكر سعاية العبد.

وأخرجه أبو داود في سننه (٣٩٣٨) ٤: ٢٤ كتاب العتق، باب من ذكر السعاية في هذا الحديث.

قال: (وإذا أعتق الكافر نصيبه من مسلم وهو موسرٌ سرى إلى باقيه في أحد الوجهين).

أما كون إعتاق الكافر الموسر نصيبه من مسلم يسري إلى باقيه في وجهٍ؛ فلأنه تقويمُ متلفٍ. فاستوى فيه المسلم والكافر؛ كتقويم المتلفات.

وأما كونه لا يسري في وجه؛ فلأنه لا يجوز أن يتملكه . بخلاف المسلم.

قال: (وإذا ادعى كل واحد من الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه منه وهما موسران فقد صار العبد حراً به؛ لاعتراف كل واحد منهما بحريته، وصار مدعياً على شريكه قيمة حقه منه، ولا ولاء عليه لواحد منهما . وإن كانا معسرين لم يعتق على واحد منهما . وإن اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق حينئذ ولم يسر إلى نصيبه . وقال أبو الخطاب: يعتق جميعه . وإن كان أحدهما موسراً والآخر معسراً عتق نصيب المعسر وحده).

أما[1] كون العبد يصير حراً إذا ادعى كل واحدٍ من الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه منه وهما موسران؛ فلما ذكر المصنف رحمه الله تعالى.

وأما كون كل واحدٍ منهما يصير مدعياً على شريكه قيمة حقه عليه ؛ فلأنه يدعي أنه عتق عليه بالسراية.

وأما كون العبد لا ولاء عليه لواحدٍ منهما ؛ فلأنه لا يدعيه واحدٌ منهما إذْ كل واحدٍ منهما يقول لصاحبه: أنت المعتق وولاؤه لك لا حق لي فيه.

وأما كونه لا يعتق على واحدٍ منهما إذا كانا معسرين ؛ فلأنه لا يقبل قول واحدٍ منهما على شريكه في نصيبه. ولا سراية مع الإعسار. فلم يوجد الاعتراف بالحرية.

وأما كون من اشترى نصيب صاحبه يعتق عليه حينئذٍ ؛ فلأنه معترفٌ بحريته.

وأما كونه لا يسري إلى نصيبه الذي كان له على قول غير أبي الخطاب ؛ فلأن السراية فرعُ الإعتاق ولم يوجد منه ذلك. وإنما حكم عليه بالعتق؛ لاعترافه أن شريكه أعتقه.

---

(١) في أ: وأما.

وأما كونه يعتق جميعه على قول ؛ فلأن الحكم بالعتق شبيهٌ بنفس العتق.

وأما كون نصيب المعسر يعتق وحده إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ؛ فلأنه اعترف بأن الموسر أعتق نصيبه، وذلك يوجب السراية . فعتق نصيبه؛ لاعترافه بما يوجب العتق.

قال: (وإذا قال أحد الشريكين: إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر فأعتق الأول وهو موسر : عتق كله عليه . وإن كان معسراً عتق على كل واحد منهما نصيبه).

أما كون العبد يعتق كله على المعتق الأول: أما نصيبه ؛ فلأنه أعتقه.

وأما نصيب شريكه ؛ فلأنه لما أعتق نصيبه كان موسراً . فسرى إلى نصيب شريكه فعتق بالسراية؛ لما تقدم.

وأما كون كل واحدٍ منهما يعتق عليه نصيبه إذا كان المعتق الأول معسراً ؛ فلأن عتق المعسر لا يسري إلى نصيب الشريك . فوقع عتق الشريك؛ لأنه وجد شرط عتقه و لم يوجد ما يمنع وقوعه.

قال: (وإن قال: إذا أعتقت[1] نصيبك فنصيبي حر مع نصيبك فأعتق نصيبه : عتق عليهما موسراً كان أو معسراً).

أما كون النصيب المذكور يعتق على من ذكر مع اليسار ؛ فلأن عتق شريكه يقع مقارناً للعتق المعلق . ضرورة قوله: مع نصيبك . فلم تجد السراية محلاً؛ لأنها لا توجد إلا بعد عتق الأول لنصيبه.

وأما كونه يعتق عليهما مع الإعسار؛ فلما تقدم.

---

(١) في أ: أعتقتك . وما أثبتناه من المقنع.

فصل [يصح تعليق العتق بالصفات]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (ويصح تعليق العتق بالصفات؛ كدخول الدار ومجيء الأمطار. ولا يملك إبطالها بالقول. وله بيعه وهبته ووقفه وغير ذلك. فإن عاد إليه عادت الصفة . إلا أن تكون قد وجدت منه في حال زوال ملكه فهل تعود بعوده ؟ على روايتين).

أما كون تعليق العتق بالصفات كما ذكر المصنف يصح ؛ فلأنه إزالة قيد. فصح تعليقه بما ذكر؛ كالطلاق.

وأما كون المعلّق لا يملك إبطال الصفات بالقول . والمراد: إبطال تعليق العتق بالصفات ؛ فلأنه ألزم نفسه شيئاً. فلم يملك إبطاله بالقول؛ كالنذر.

وأما كونه له بيع المعلَّق عتقه بالصفات وهبته ووقفه وغير ذلك ؛ فلأن ملكه باق عليه؛ لكون العتق لا يقع إلا بعد وجود الشرط؛ لأن المعلق بشرط عَدَمٌ عند عدمِ الشرط.

وأما كون المعلَّق عتقه بصفة؛ كدخول الدار ونحوه إذا باعه سيده ثم عاد إليه تعود الصفة إذا لم تكن وجدت فيه في حال زوال ملكه ؛ فلأن التعليق وتحقق الشرط موجودان في ملكه . فوجب العتق؛ كما لو لم يزل ملكه عنه.

وأما كونها لا تعود إذا كانت قد وجدت منه فيما ذكر على رواية منصوصة عن الإمام أحمد ؛ فلأن العتق المعلق بشرط لا يقتضي التكرار . فإذا وجد مرة انحلت اليمين. وقد وجدت الصفة في الملك الغير فانحلت يمينه . فلم تعد بعد ذلك.

وأما كونها تعود على رواية مخرجة من المنصوص عنه في الطلاق ؛ فلأن العتق في معناه.

ولأن التعليق وتحقق الشرط وجدا في ملكه. أشبه ما تقدم.

وفرّق المصنف رحمه الله تعالى في المغني بين الطلاق والعتاق من حيث: إن الطلاق في النكاح الأول يحتسب به عليه في النكاح الثاني وينقص به عدد طلقاته. بخلاف الملك باليمين.

قال: (وتبطل الصفة بموته. فإن قال: إن دخلت الدار بعد موتى فأنت حر، أو أنت حر بعد موتى بشهر فهل يصح ويعتق بذلك؟ على روايتين.

وإن قال: إن دخلتها فأنت حر بعد موتى فدخلها في حياة السيد صار مدبراً، وإلا فلا).

أما كون الصفة تبطل بموت المعلِّق؛ فلأن ملكه يزول بموته. فتبطل الصفة بموته؛ كسائر تصرفاته.

وأما كون من قال ما ذكر في الصورتين المتقدم ذكرهما لا يصح على رواية؛ فلأنه جعل العتق معلقاً بصفة توجد بعد زوال ملكه. فلم يصح؛ كما لو قال: إن دخلت الدار بعد بيعي إياك فأنت حر.

فعلى هذا لا يعتق المعلَّق عتقه بذلك؛ لعدم صحة التعليق.

وأما كونه يصح على رواية؛ فلأنه إعتاقٌ بعد الموت. فصح؛ كما لو قال: أنت حر بعد موتي.

فعلى هذا يعتق؛ لأن صحة التعليق توجب وقوع العتق عند شرطه ضرورة.

وأما كون العبد يصير مدبراً إذا قال سيده: إن دخلت الدار بعد موتي فأنت حر فدخلها في حياة السيد؛ فلأنه وجد شرط القول المذكور وهو مقتضٍ للتدبير.

وأما كونه لا يصير مدبراً إذا لم يدخل الدار في حياة السيد؛ فلأنه جعل الموت ظرفاً لوقوع الحرية، وذلك يقتضي سبق دخول الدار في الحياة. ضرورة أنه الشرط. إذ الشرط لا بد من سبقه الجزاء.

قال: (فإن قال: إن ملكتُ فلاناً فأنت حر، وكل مملوك أملكه فهو حر: فهل يصح؟ على روايتين. وإن قاله العبد لم يصح في أصح الوجهين).

أما كون الحر إذا قال ذلك يصح على رواية؛ فلأنه أضاف العتق إلى حال يملك عتقه. أشبه ما لو كان التعليق في ملكه.

وأما كونه لا يصح على رواية ؛ فلأنه لا يملك تنجيز العتق؛ لأن النبي ﷺ قال: « لا عِتقَ قبلَ مُلكٍ »[1] رواه أبو داود الطيالسي. فلا يملك تعليقه؛ كالنكاح.

وأما كون العبد إذا قال ذلك لا يصح في وجه ؛ فلأن العبد لا يملك. فلم يصح التعليق منه.

وأما كونه يصح في وجهٍ؛ فبالقياس على الحر.

وأما كون الأول أصح؛ فلما ذكر من الفرق بينهما.

قال: (**وإن قال: آخر مملوك اشتريته فهو حر ، وقلنا بصحة الصفة فملك عبيداً ثم مات : فآخرهم حر من حين الشراء، وكسبه له**).

أما كون آخر العبيد فيما ذُكر حراً؛ فلأن الحرية علقت على الاتصاف بالآخرية ، وقد وجدت في الآخر.

وأما كون الحرية من حين الشراء ؛ فلأنه تبين بالموت أنه آخرهم من حينئذ.

فإن قيل: لم أخّر الحكم بذلك إلى الموت ؟

قيل: لجواز أن يشتري بعده آخر . فلا يكون آخر عبد استثنى له.

وأما كون كسبه له ؛ فلأن الكسب يتبع الحرية.

قال: (**وإن قال لأمته: آخر ولد تلدينه فهو حر. فولدت حياً ثم ميتاً : لم يعتق الأول . وإن ولدت ميتاً ثم حياً عتق الثاني . وإن ولدت توأمين وأشكل الآخر منهما أقرع بينهما**).

أما كون الأول في الصورة الأولى لا يعتق ؛ فلأنه ليس بآخر ولدٍ ولدته.

وأما كون الثاني في الصورة الثانية يعتق ؛ فلأنه آخر ولدٍ ولدته.

وأما كون التوأمين يقرع بينهما ؛ فلأن أحدهما يستحق العتق . فأقرع بينهما ؛ كما لو قال: أحدكما حر. وكما لو أعتق عبداً من عبيده ثم جهل عينه.

---

(١) أخرجه أبو داود الطيالسي في مسنده (١٧٦٧) ٢٤٣.

قال: (ولا يتبع ولدُ المعتقة بالصفة أمَّه في العتق في أصح الوجهين. إلا أن تكون حاملاً به حال عتقها، أو حال تعليق عتقها).

أما كون ولد المعتقة بالصفة لا يتبع أمه إذا لم تكن حاملاً به حال عتقها أو حال تعليق عتقها في وجه ؛ فلأن التعليق ووجود الصفة لا تعلق لهما بالولد. فلم تصح التبعية.

وأما كونه يتبعها في وجهٍ؛ فبالقياس على ولد المدبرة.

وأما كون الأول أصح؛ فلأن الفرق بين المعلق عتقها بصفة والمدبرة ثابت؛ لأن ولد المدبرة يعتق إذا مات السيد وهي حية أو ميتة . بخلاف ولد المعلق عتقها بصفة فإنه لا يعتق حتى يوجد العتق في أمه.

وأما كونه يتبعها إذا كانت حاملاً به حال عتقها ؛ فلأن الحمل كعضو من أعضاء أمه. دليله: ما لو أعتقها وهي حامل فإنه يعتق بعتقها . فكذا هاهنا.

وأما كونه يتبعها إذا كانت حاملاً به حال تعليق عتقها ؛ فلأن التعليق أحد سببي العتق. أشبه الآخر.

قال: (وإذا قال لعبده: أنت حر، وعليك ألف، أو على ألف: عتق ولا شيء عليه . وعنه: إن لم يقبل العبد لم يعتق . والصحيح في قوله: أنت حر على ألف أنه لا يعتق حتى يقبل).

أما كون العبد يعتق ولا شيء عليه في الصورتين المتقدم ذكرهما على الأول ؛ فلأنه أعتقه بغير شرط وجعل علته عوضاً لم يقبله . فوقع به العتق و لم يلزمه شيء.

وأما كونه لا يعتق على رواية إذا لم يقبل العتق ؛ فلأن السيد قصد المعاوضة . فإذا لم يقبل العبد وجب أن يبقى الحال على ما كان.

وأما كون الصحيح في قوله: أنت حر على ألف أنه لا يعتق حتى يقبل ؛ فلأن قصد العوض فيه ظاهر، وقد يستعمل بإزاء الشرط. أشبه ما لو قال: أعتقتك بشرط أن تعطيني ألفاً. بخلاف قوله: وعليك ألف فإنه لا رابطة بينه وبين العتق.

قال: (وإن قال: أنت حر على أن تخدمني سنة فكذلك. وقيل: إن لم يقبل [لم يعتق][1] رواية واحدة).

أما كون قول: أنت حر على أن تخدمني سنة كما تقدم ؛ فلأنه في معنى قوله: أنت حر على ألف.

وأما كون المقول له لا يعتق رواية واحدة إذا لم يقبل على قول ؛ فلأن قَصْد المعاوضة فيما ذكر أظهر.

(١) زيادة من المقنع.

فصل [إذا قال كل مملوك لي حر]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**وإذا قال: كل مملوك لي حر: عتق عليه مدبروه، ومكاتبوه، وأمهات أولاده، وشقص يملكه**).

أما كون قائل ما ذكر يعتق عليه مدبروه ؛ فلأن كل واحدٍ منهم مملوكٌ له وقد حرره.

وأما كونه يعتق عليه مكاتبوه؛ فكذلك.

وأما كونه يعتق عليه أمهات أولاده وشقصٌ يملكه ؛ فلأن كلاً منهما داخلٌ في مسمى المملوك ، وقد حرره.

قال: (**وإن قال: أحد عبديَّ حر: أُقرع بينهما . فمن تقع عليه القرعة فهو حر من حين عتقه . وإن مات أقرع الورثة . وإن مات أحد العبدين أقرع بينه وبين الحي**).

أما كون العبدين فيما إذا قال: أحد عبديَّ حر يقرع بينهما ؛ فلأن أحدهما استحق العتق و لم يعلم عينه. أشبه ما لو أعتق المريض عبيداً لا يملك غيرها . بيان المشابهة بينهما: أن من أعتق عبيداً لا يملك غيرها وهو مريض مرض الموت لم ينفذ عتقه إلا في الثلث فبعضهم مستحق للعتق. وقد أقرع النبي ﷺ بينهم[1] فكذلك تشرع القرعة في هذه الصورة؛ لكون البعض مستحقاً للقرعة لا الكل.

وأما كون من تقع عليه القرعة حراً ؛ فلأن فائدتها ذلك.

وأما كون ذلك من حين الإعتاق ؛ فلأن القرعة مثبتة لا منشئة.

وأما كون الورثة تقرع إذا مات المعتق ؛ فلأنهم يَقُومون مقام الميت.

---

(١) سيأتي ذكره وتخريجه من حديث عمران بن حصين ص: ٤٧١.

وأما كون الميت يقرع بينه وبين الحي إذا مات أحد العبدين ؛ فلأن العتق مستحق في أحدهما قبل الموت.

فعلى هذا إن وقعت القرعة على الميت حكم بموته حراً، وإن وقعت على الحي عتق، وحكم بموت الآخر رقيقاً.

قال: (وإن أعتق عبداً ثم أُنْسيه : أُخْرِج بالقرعة. وإن علم بعدها أن المعتق غيره عتق وهل يبطل عتق الأول ؟ على وجهين).

أما كون العبد المعتق المنسيّ عتقه يُخرج بالقرعة؛ فلما تقدم.

وأما كون غير من خرجت له القرعة إذا عَلم بعدها أنه المعتق يعتق ؛ فلأنه أعتقه، وقد تبين أمره.

وأما كون عتق الأول يبطل على وجه ؛ فلأنه تبين أنه ليس المعتق.

وأما كونه لا يبطل على وجه ؛ فلأن العتق إذا وقع لا يرتفع.

فصل [إذا أعتق في مرض موته]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وإن أعتق في مرض موته ولم تُجز الورثة: اعتبر من ثلثه. وإن أعتق جزءاً من عبده في مرضه أو دبره وثلثه يحتمل جميعه عتق جميعه. وعنه: لا يعتق إلا ما أعتق).

أما كون من أعتق في مرضه ولم تُجِز الورثة [يعتبر من ثلثه][1]؛ فلما روى عمران بن حصين «أن رجلاً أعتقَ ستةَ مملوكين له عندَ موتِهِ. لم يكن له مالٌ غيرهم. فدعاهمْ رسولُ الله ﷺ. فجزأهمْ أثلاثاً. ثم أقرعَ بينهمْ. فأعتقَ اثنينِ وأَرَقَّ أربعة. وقالَ لهُ قَولاً شَديداً»[2]. رواه مسلم.

ولأن المعتق تصرف فلم ينفذ من غير الثلث عند عدم إجازة الورثة؛ كالهبة ونحوها.

وأما كون من أعتق جزءاً من عبده في مرضه وثلثه يحتمل جميعه يعتق جميعه على المذهب؛ فلأن عتق الشخص لجزء من عبده موجب للسراية؛ لما تقدم.

وأما كون من دبّر جزءاً منه وثلثه يحتمل جميعه يعتق جميعه على المذهب؛ فلأن التدبير إعتاق لبعض عبده عند موته فعتق جميعه؛ كما لو أعتقه في حياته.

واشترط المصنف في عتق الجميع: أن يكون ثلث المريض يحتمله؛ لأن تصرف المريض بالمباشرة في الزائد عن الثلث لا يصح. فلأن لا يسري فيه بطريق الأولى.

وأما كونه لا يعتق في الصورتين إلا ما أعتق على رواية؛ فلأن المريض محجور عليه في المرض.

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٦٨) ٣: ١٢٨٨ كتاب الأيمان، باب من أعتق شركاً له في عبد.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٩٥٨) ٤: ٢٨ كتاب العتق، باب فيمن أعتق عبيداً له لم يبلغهم الثلث.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٦٤) ٣: ٦٤٥ كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يعتق مماليكه عند موته وليس له مال غيرهم. قال الترمذي: حديث حسن صحيح.

قال: (وإن أعتق في مرضه شركاً له في عبد أو دبَّره وثلثه يحتمل باقيه: أعطى الشريك وكان جميعه حراً في إحدى الروايتين، والأخرى: لا يعتق إلا ما ملك منه).

أما كون المعتِق المذكور يعطي الشريك -أي قيمة باقيه- بتقدير الحكم بالحرية ؛ فلعموم قوله عليه السلام: « وأعطى شركاءهم حصصهم »[1].

ولأنه أتلف عليه باقيه بالعتق. أشبه ما لو قتله.

وأما كون جميعه حراً على رواية ؛ فلأن تصرف المريض فيما لم يجاوز الثلث كتصرف الصحيح. ولو أعتق الصحيح شِركاً له في عبد سرى إلى نصيب الشريك . فكذلك المريض.

وأما كونه لا يعتق منه إلا ما ملك منه على روايةٍ ؛ فلأنه بموته يزول ملكه إلى الورثة فلا يبقى له شيء يعطي منه .

والصحيح حرية جميعه فيما أعتق؛ لما تقدم من أن تصرف المريض في ثلثه كتصرف الصحيح في ماله. بخلاف ما إذا دبر؛ لما ذكر من أنه يزول ملكه بموته فلا يبقى له ما يعطي الشريك.

قال المصنف في المغني: قال القاضي: الرواية في سراية العتق حال الحياة أصح. والرواية في وقوفه في التدبير أصح.

قال: (ولو أعتق في مرض موته ستة أعبد قيمتهم سواء وثلثه يحتملهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم: بيعوا في دينه . ويحتمل أن يعتق ثلثهم).

أما كون العبيد المذكورين يباعون في دين المعتق ؛ فلأن عتقهم فيما ذكر كالوصية ، والدين مقدم على الوصية، ولهذا قال علي رضي الله عنه: « إن رسول الله ﷺ قضى أن الدين قبلَ الوصية »[2] . فكذلك فيما هو كالوصية.

---

(١) سبق تخريجه من حديث ابن عمر ص: ٤٦٠.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٢١٢٢) ٤: ٤٣٥ كتاب الوصايا، باب ما جاء يبدأ بالدين قبل الوصية.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٧١٥) ٢: ٩٠٦ كتاب الوصايا، باب الدين قبل الوصية.

ولأن الدين مقدم على الميراث بالاتفاق، ولهذا تباع التركة في قضاء الدين. وقال تعالى: ﴿من بعد وصية يوصي بها أو دين﴾ [النساء:١١] . والميراث مقدم على الوصية في الثلثين . وما يُقدم على الميراث يجب أن يقدم على الوصية.

وأما كونهم يحتمل أن يعتق ثلثهم ؛ فلأن تصرف المريض في ثلثه صحيح ، وقد تصرف بالعتق.

قال: (وإن أعتقهم فأعتقنا ثلثهم، ثم ظهر له مال يخرُجون من ثلثه: عتق من أرقّ منهم. وإن لم يظهر له مال جزأناهم ثلاثة أجزاء، كل اثنين جزءاً، وأقرعنا بينهم بسهم حرية وسهمي رق. فمن خرج له سهم الحرية عتق، ورقّ الباقون).

أما كون من أرقّ ممن ذكر يعتق إذا ظهر للمعتق مال يخرجون من ثلثه ؛ فلأن المنع من عتقهم إنما كان لاعتقاد أنهم لا يخرجون من الثلث وقد تبين خلافه. فوجب عتق الكل. عملاً بموجبه السالم عن المعارض.

وأما كونهم يجزؤون ثلاثة أجزاء ويقرع بينهم إذا لم يظهر لهم مال؛ فـ « لأن النبي ﷺ جَزَّأَ الأعبد الستة أثلاثاً، ثم أقرع بينهم »[١].

وأما كون كل اثنين جزءاً؛ فليحصل التثليث.

ولا بد أن يلحظ أن العبيد متساووا القيمة والعدد؛ كثلاثة أو ستة أو تسعة، وما أشبه ذلك. قيمة كل واحدٍ مثلُ قيمة الآخر. فإن كانوا متساوي العدد مختلفي القيمة ؛ كستة أعبد، قيمة اثنين ثلاثة آلاف ثلاثة آلاف، واثنين ألفان ألفان، واثنين[٢] ألف ألف: جعلت الاثنين اللذين قيمتهما أربعة آلاف جزءاً، وكل واحدٍ من اللذين قيمتهما ألف ألف مع كل واحدٍ من الذين قيمتهما ثلاثة آلاف ثلاثة[٣] آلاف جزءاً. وكل واحدٍ من اللذين قيمتهما ألف ألف مع كل واحدٍ من اللذين قيمتهما ثلاثة آلاف ثلاثة آلاف جزءاً.

وأما كون القرعة بسهم حرية وسهمي رِقّ ؛ فلأن الحرية نافذة في الثلث، والرق باق في الثلثين.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٧١.

(٢) في أ: اثنان.

(٣) في أ زيادة: أربعة.

وأما كون من خرج له سهم الحرية يعتق ويرق الباقون ؛ فلأن فائدة القرعة ذلك.

قال: (**فإن كانوا ثمانية فإن شاء أقرع بينهم بسهمي حرية وخمسة رق وسهم لمن ثلثاه حر، وإن شاء جزأهم أربعة أجزاء، وأقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق، ثم أعاد القرعة بينهم لإخراج من ثلثاه حر، وإن فعل غير ذلك جاز**).

أما كون من يُقْرِع بين الثمانية إن شاء أقرع بينهم كما ذكر ، وإن شاء جزأهم وأقرع بينهم كما ذكر ؛ فلأن الغرض إخراج الثلث بالقرعة . فكيف اتفق ذلك حصل الغرض.

وأما كونه يَقرع بينهم بسهمي حرية وسهم رق وسهم لمن ثلثاه حر ؛ فلأن المستحق للعتق الثلث وذلك عبدان وثلثا عبد.

وأما كونه يجزؤهم أربعة أجزاء ؛ فلأنه يمكن جعل كل اثنين جزءاً.

وأما كونه يقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق؛ فليظهر الفريق المعتق من غيره.

وأما كونه يعيد القرعة؛ فليظهر من ثلثاه حر.

وأما كونه إذا فعل غير ذلك يجوز؛ فلما تقدم من أن الغرض إخراج الثلث بالقرعة وهو موجود فيما ذكر.

فإن قيل: ما مراد المصنف بذلك ؟

قيل: مراده والله أعلم أنه يجزؤهم ثلاثة أجزاء : ثلاثة وثلاثة واثنين . ثم يقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق. فإن وقع سهم الحرية على الثلاثة أعيدت القرعة بينهم بسهم عتق وسهم رق. فمن وقع عليه سهم العتق عتق ثلثاه.

قال: (**وإن أعتق عبدين قيمة أحدهما مائتان والآخر ثلاثمائة جمعت قيمتهما وهي خمسمائة فجعلتها الثلث ثم أقرعت بينهما. فإن وقعت على الذي قيمته مائتان ضربته في ثلاثة تكن ستمائة، ثم نسبت منه خمس المائة يكن العتق فيه خمسة أسداسه، وإن وقعت على الآخر عتق منه خمسة أتساعه. وكل شيء يأتي من هذا فسبيله أن يضرب في ثلاثة ليخرج بلا كسر**).

أما كون عامل المسألة المذكورة يجمع قيمتي العبدين؛ فليعلم مبلغهما.

وأما كونه يجعل ذلك الثلث؛ فلئلا يكون فيه كسر فتعسر النسبة إليه.

وأما كونه يقرع بينهما؛ فلتمييز المعتق منهما.

وأما كونه يضرب قيمة من قيمته مائتان في ثلاثة؛ فكما عمل في مجموع القيمة.

وأما كونه ينسب خمسمائة منها ؛ فلأنها الثلث تقديراً.

وأما كون العتق إذا وقعت القرعة على العبد الذي قيمته مائتان خمسة أسداسه ؛ فلأن خمسمائة من ستمائة خمسة أسداسها.

وأما كونه إذا وقعت على العبد الذي قيمته ثلاثمائة خمسة أتساعه ؛ فلأنه إذا ضربت قيمته وهي ثلاثمائة في ثلاثة كانت سبعمائة . فإذا نسبت خمس المائة منها كانت خمسة أتساعها.

وأما كون كل شيء يأتي من هذا فسبيله أن يضرب في ثلاثة؛ فلما ذكر المصنف رحمه الله تعالى من قوله: ليخرج بلا كسر.

قال: (وإن أعتق واحداً من ثلاثة أعبد فمات أحدهم في حياته أقرع بينه وبين الحيين. فإن وقعت على الميت رق الآخران، وإن وقعت على أحد الحيين عتق إذا خرج من الثلث).

أما كون الميت يقرع بينه وبين الحيين؛ فلتمييز المعتق منهم.

وأما كون القرعة إذا وقعت على الميت رقّ الآخران ؛ فلأنه تبين أنه لا عتق فيهما.

وأما كونها إذا وقعت على أحد الحيين يعتق ؛ فلأن القرعة مميزة .

واشترط المصنف في هذه الصورة: الخروج من الثلث في العتق؛ لأن تصرف المريض معتبر من الثلث. ولم يشترط في الصورة الأولى؛ لأن الميت إن كان وقف الثلث فلا إشكال فيه، وإن كان أكثر فالزائد على الثلث هلك على مالكه، وإن كان أقل فلا يعتق من الآخرين شيء؛ لأنه لم يعتَق إلا واحداً.

وأما إذا وقعت على أحد الحيين فلا بد من اعتبار القيمة؛ لأن العبرة بالثلث عند الموت ، والميت قبله هلك من أصل المال.

قال: (وإن أعتق الثلاثة في مرضه فمات أحدهم في حياة السيد فكذلك في قول أبي بكر . والأولى أن يقرع بين الحيين ويسقط حكم الميت).

أما كون حكم الثلاثة إذا أعتقهم في مرضه فمات أحدهم في حياة السيد كحكم الواحد المعتق من الثلاثة إذا مات أحدهم في قول أبي بكر ؛ فلأنهما سواء معنى . فكذا يجب أن يكون حكماً.

فإن قيل: حكم عتق الثلاثة ليس كحكم عتق أحدهم في بعض الصور؛ لأن الميت لو كانت قيمته أقل من الآخرين. فإذا وقعت القرعة عليه عتق من أحد الآخرين تكملة الثلث في عتق الثلاثة. وليس كذلك في عتق أحدهم.

قيل: غرض المصنف رحمه الله تعالى التشبيه في نفس القرعة وعتق أحدهم من غير تعرض لقيمة . أو يحمل قوله: على عبيد قيمتهم متساوية، وتكون فائدة تقييده: العتق بالخروج من الثلث احتمال كونه مالكاً لشيء غير العبيد.

وأما كون الأولى أن يقرع بين الحيين ويسقط حكم الميت: أما القرعة بين الحيين ؛ فلأن الحق فيهما وهو محتاج إلى التمييز . فشرعت القرعة بينهما؛ كما لو أعتق اثنين .

وأما سقوط حكم الميت ؛ فلأن الهلاك صادف حقاً مشتركاً في الكل . فوجب هلاكه على الكل. وإذا هلك على الكل لم يبق للميت حكم.

باب التدبير

التدبير: مصدر دبّر. يقال: دبر تدبيراً ؛ كما يقال: سلم تسليماً.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وهو : تعليق العتق بالموت . ويعتبر من الثلث).

أما قول المصنف: وهو تعليق العتق بالموت؛ فبيان لمعنى التدبير شرعاً .

وسمي العتق بعد الموت تدبيراً؛ لأنه إعتاق في دبر الحياة؛ لأن الوفاة دبر الحياة. يقال: دابر الرجل مدابرة إذا مات .

والأصل في صحته السنة والإجماع: أما السنة فما ورى جابر « أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دبر »[1]. متفق عليه.

وأما الإجماع فقال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبّر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات، والمدبر يخرج من الثلث بعد قضاء الدين إن كان عليه، وإنفاذ وصاياه إن كان وصى، وكان السيد بالغاً جائز التصرف: أن الحرية تجب له أو لها.

وأما كونه يعتبر من الثلث ؛ فلأنه تبرع بعد الموت . فاعتبر من الثلث؛ كسائر الوصايا.

قال: (ويصح من كل من تصح وصيته . وصريحه لفظ: العتق والحرية المعلقين بالموت . ولفظ: التدبير، وما تصرف منها).

أما كون التدبير يصح من كل من تصح وصيته ؛ فلأنه تصرف بعد الموت. أشبه الوصية.

وأما كون صريحه لفظ: العتق المعلق بالموت؛ كأنت عتيق بعد موتي، وما تصرف منه؛ كأنت معتق بعد موتي. ولفظ: الحرية المعلق بالموت؛ كأنت حر بعد

---

(١) سيأتي ذكر الحديث وتخريجه ص: ٤٨٠.

موتي، وما تصرف منه؛ كأنت محرر بعد موتي. ولفظ: التدبير، وما تصرف منه؛ كأنت مدبّر ودبّرتك وما أشبهه ؛ فلأن جميع ذلك لا يحتمل غير التدبير. وقد تقدم[1] أن الفعل المضارع المتصرف من العتق والحرية لا يقع به شيء . فكذلك هنا.

قال: (ويصح مطلقاً ومقيداً بأن يقول: إن متُّ من مرضي هذا، أو عامي هذا فأنت حر أو مدبر).

أما[2] كون التدبير يصح مطلقاً ومقيداً ؛ فلأنه تعليق للعتق على شرط. فصح مطلقاً ومقيداً؛ كتعليق العتق بعد الموت.

وأما كون المقيد كما مثل المصنف رحمه الله تعالى ؛ فلأنه قيد المرض والعام بكونه "هذا" . وهو تقييد خاص . وقد يكون غير خاص لجواز تعلق العتق على صفة ؛ مثل أن يقول: إن دخلت الدار، أو إن قدم زيد، أو إن شفى الله مريضي فأنت مدبر، أو حر. وفي هذا الضرب لا يصير مدبراً في الحال؛ لأنه علق التدبير بشرط فإذا وجد صار مدبراً يعتق بعد الموت. ولو وجد الشرط بعد الموت لم يعتق؛ لأن إطلاق الشرط يقتضي وجوده في الحياة.

قال: (وإن قال: متى شئت فأنت مدبر فمتى شاء في حياة السيد صار مدبراً . وإن قال: إن شئت فأنت مدبر فقياس المذهب أنه كذلك . وقال أبو الخطاب: إن شاء في المجلس صار مدبراً ، وإلا فلا).

أما كون المقول له: متى شئت فأنت مدبر يصير مدبراً متى شاء في حياة السيد ؛ فلأن "متى" اسم غير مختص بزمان.

فإن قيل: لم قيدت المشيئة بحياة السيد ؟

قيل: لأن ذلك شرط . وقد تقدم أن إطلاق الشرط يقتضي وجوده في الحياة.

---

(١) ص: ٤٥٥.

(٢) في أ: وأما.

وأما كون قياس المذهب في قوله: إن شئت فأنت مدبر كذلك فإنه لا فرق في المذهب بين قول الرجل لزوجته: إن شئتِ فأنتِ طالق، وبين قوله: متى شئتِ فأنتِ طالق من حيث: إن كل واحدٍ منهما لا يتقيد بالمجلس.

وأما كونه يصير مدبراً إن شاء في المجلس وإلا فلا في قول أبي الخطاب ؛ فلأن المشيئة كالاختيار. ولو قال الرجل لزوجته: اختاري نفسك تقيد بالمجلس فكذلك المشيئة .

وفرّق المصنف رحمه الله تعالى في بعض كتبه بين: اختاري، وبين تعليق الطلاق على المشيئة من حيث: إن "اختاري" ليس بشرط، وإنما هو تخيير فتقيد بالمجلس؛ كخيار المجلس . وهذا الفرق متجه هنا.

قال: (**وإذا قال: قد رجعت في تدبيري أو قد أبطلته لم يبطل؛ لأنه تعليق العتق بصفة . وعنه: يبطل؛ كالوصية**).

أما كون التدبير لا يبطل بذلك على المذهب؛ فلما علله المصنف.

وأما كونه يبطل على رواية ؛ فلأن نفوذه يتوقف على الموت. أشبه الوصية .

وتحقيق الكلام في ذلك: أن في التدبير شبهين:

أحدهما: بالعتق المعلق بالصفة؛ لاشتراكهما في التعليق . فعلى لحظ هذا الشبه لا يبطل التدبير بالإبطال؛ لما تقدم في العتق.

والثاني: بالوصية؛ لاشتراكهما في عدم النفوذ إلا من الثلث، وفي كونهما تبرعاً بعد الموت . فعلى لحظ هذا الشبه يبطل بالإبطال؛ لأن الوصية تبطل بالإبطال . فكذلك ما يشبهها.

قال: (**وله بيع المدبر وهبته . وإن عاد إليه عاد التدبير . وعنه: لا يباع إلا في الدَّيْن . وعنه: لا تباع الأمة خاصة**).

أما كون السيد له بيع المدبر مطلقاً سواء كان عليه دين أو لم يكن على المذهب ؛ فلما روى جابر « أن رجلاً أعتق مملوكاً له عن دُبُر . فاحتاج . فقال

رسول الله ﷺ: من يشتريه منه ؟ فباعه من نعيم بن عبدالله بثمانمائة درهم . فدفعها إليه ، وقال: أنت أحوج »[1]. متفق عليه.

ولأنه عتق بصفة فلم يمنع البيع؛ كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر.

وأما كونه لا يباع إلا في الدَّين على رواية ؛ فلأن الدين يقدم على العتق المحقق في بعض المواضع . فلأن يقدم على ما العقد فيه سبب الحرية بطريق الأولى.

وأما كون الأمة لا تباع خاصة على روايةٍ؛ لأن في جواز بيعها إباحة لفرجها، وتسليط مشتريها على وطئها مع وقوع الخلاف في بيعها، وحِلِّها . بخلاف المدبر.

قال المصنف في المغني: هذا -يعني الأول- هو الصحيح؛ لما تقدم من الحديث. والقياس مع وجوده لا يصح فوجب العمل به؛ لأنه لم يعارضه معارض.

وأما كونه له هبته ؛ فلأنه كبيعه معنى فكذا يجب أن يكون حكماً. وحكمه في الخلاف المتقدم ذكره كحكم بيعه، ذكره المصنف في الكافي. ولعله اكتفى هنا -أي في المقنع- بذكر البيع عن الهبة؛ لظهور تساويها في المعنى.

وأما كون التدبير يعود إذا عاد المدبر إلى ملك السيد على الرواية الأولى ؛ فلأنه علق عتقه بصفة . فإذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة ؛ كما لو قال: أنت حر إن دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه.

وقال القاضي: العود مبني على أن التدبير هل هو تعليق للعتق بصفة أم وصية ؟

فإن قيل: هو تعليق عاد بالعود ، وإن قيل: هو وصية فلا يعود؛ لأن الموصى به لو باعه الموصي ثم اشتراه لم تعد الوصية.

قال: (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فهو بمنزلتها . ولا يتبعها ولدها من قبل التدبير).

أما كون ولد المدبرة الحادث بعد تدبيرها بمنزلتها ؛ فلأن عمر وابنه وجابراً قالوا: « ولدها بمنزلتها »[2]. ولم يعرف لهم مخالف في الصحابة . فكان إجماعاً.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٣٤) ٢: ٧٥٣ كتاب البيوع، باب بيع المزايدة.
وأخرجه مسلم في صحيحه (٩٩٧) ٣: ١٢٨٩ كتاب الأيمان، باب جواز بيع المدبر.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣٤٨ كتاب عتق أمهات الأولاد، باب ولد أم الولد من غير سيدها بعد الاستيلاد. عن عبدالله بن عمر.

ولأن الأم استحقت العتق بموت سيدها. فوجب أن يتبعها ولدها؛ كأم الولد.

وأما كون المدبرة لا يتبعها ولدها من قبل التدبير ؛ فلأنه لا يتبع في العتق المنجز فلأن لا يتبع في المعلق بطريق الأولى.

قال: (وله إصابة مدبرته. فإن أولدها بطل تدبيرها).

أما كون السيد له إصابة مدبرته . والمراد بالإصابة: الوطء ؛ فلأن المدبرة مملوكته فتدخل في قوله: ﴿أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء:٣].

ولأن ثبوت العتق بالموت لا يمنع وطأها؛ كأم الولد.

وأما كونه إذا أولدها يبطل تدبيرها ؛ فلأن الاستيلاد أقوى من التدبير . فأبطله؛ لأن الضعيف لا يجامع القوي؛ كالنكاح والملك.

قال: (وإذا كاتب المدبر أو دبر المكاتب جاز).

أما كون كتابة المدبر تجوز ؛ فلأن الأثرم روى عن أبي هريرة وابن مسعود والحسن جوازه. ولفظ أبي هريرة عن مجاهد قال: « دبّرتِ امرأة من قريش خادماً . ثم أرادت أن تُكاتبه قال: فكتب الرسول إلى أبي هريرة فقال: كاتبيهِ . فإن أدّى كتابته فذلك، وإن حدثَ بكِ حدثٌ عَتَق »[1].

ولأن التدبير إن كان عتقاً بصفة لم يمنع الكتابة ؛ كما لو قال: إن دخلت الدار فأنت حر ثم كاتبه، وإن كان وصية فالوصية بالمكاتب جائزة.

وأما كون تدبير المكاتب يجوز ؛ فلأن المصنف قال في المغني: لا نعلم فيه خلافاً؛ لأنه تعليق عتق بصفة وهو يملك إعتاقه أو وصيته وهو يملك ذلك فيها.

قال: (فإن أدّى عتق وإن مات سيده قبل الأداء عتق إن حَمَلَ الثلث ما بقي من كتابته . وإلا عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق . وهو على الكتابة فيما بقي).

أما كون المكاتب إذا أدى يعتق ؛ فلأن شأن المكاتب ذلك؛ لما تقدم . وهو مكاتب.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣١٤ كتاب المدبر، باب كتابة المدبر.

ولأن مفهوم قوله عليه السلام: « المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم »[1] : نفيُ العبودية عنه عند حصول الأداء.

وأما كونه إذا مات سيده قبل الأداء يعتق ؛ فلأن شأن المدبر ذلك وهو مدبر.

وأما قول المصنف: إن حَمَل الثلث ما بقي من كتابته ؛ فلأن المدبر يعتبر في عتقه بالتدبير خروجه من الثلث.

وأما كون قدر الثلث يعتق إن لم يخرج كله من الثلث ؛ فلأن ذلك لا مانع له.

وأما كون الكتابة يسقط منها بقدر ما عتق؛ فلانتفاء محلها بالعتق.

وأما كونه على الكتابة فيما بقي؛ فلأن محلها لم يعارضه شيء.

فعلى هذا لو خرج نصفه من الثلث عتق بصفة، وسقط نصف الكتابة، وبقي نصفه مكاتباً.

فإن قيل: الذي يحتسب من الثلث ما هو؟ قيمة المدبر وقت موت سيده أم قدر الكتابة .

قيل: قيمته؛ لأن المدبر لو لم يكن مكاتباً لاعتبرت قيمته.

فإن قيل: كلام المصنف ينافي ذلك؛ لأنه اعتبر الكتابة.

قيل: يحمل على أنها وفق القيمة؛ لأن الظاهر وقوع الكتابة بالقيمة .

ولقائل أن يقول: أن الظاهر وقوعها بأكثر من القيمة لوجهين:

أحدهما: أن مالها مؤجل ، والتأجيل له قسط من الثمن.

والثاني: أنها بيع بعض ماله ببعضه فلو لم يزد على القيمة لما رغب فيها .

ثم في كلام المصنف رحمه الله تعالى إشكال من وجه آخر؛ لأنه قال: إن حمل الثلث ما بقي من كتابته والمسألة مفروضة فيمن لم يؤد من الكتابة شيئاً؛ لأنه قال: وإن مات سيده قبل الأداء، وكأن المصنف رحمه الله تعالى قصد متابعة الخرقي في هذا اللفظ.

فإن قيل: لم عدل المصنف عن بطلان الكتابة إلى قوله: وسقط من الكتابة بقدر ما عتق ؟

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٤٨٩.

قيل: لأن سقوط مال الكتابة بحسب العتق لا خلاف فيه بخلاف بطلانها في نفسها . فإن اختياره أنها لا تبطل صرح به في المغني؛ لأن السيد إذا كانت عنده لم يملك إبطالها؛ لأنها عقد لازم. وإنما صح تدبيره؛ لأنه إسقاط لحقه الذي عليه. وحكى عن الأصحاب أنهم قالوا: يبطل بحصول العتق بالتدبير.

وفائدة الخلاف: أن ما في يد المكاتب له عند المصنف إذا عتق بالتدبير؛ لأنه بمنزلة ما لو أبرأه، ولورثة السيد عند الأصحاب؛ لأن حكم الكتابة قد ارتفع.

قال: (وإذا دبّر شركاً له في عبد لم يسر إلى نصيب شريكه . وإن أعتق شريكه سرى إلى المدبر وغرم قيمته لسيده . ويحتمل أن يسري في الأول دون الثاني).

أما كون من دبّر شركاً له في عبد لا يسري إلى نصيب شريكه على المذهب ؛ فلأن التدبير تعليقٌ للعتق على صفة. فلم يسر؛ كما لو علقه بدخول الدار.

وأما كون شريكه إذا أعتق يسري إلى المدبر ويغرم قيمته لسيده على المذهب ؛ فلأن ذلك داخِل في عموم قوله عليه السلام: « من أعتقَ شِركاً له في عبد فكان له ما يبلغ قيمةَ العبد ، قوّم عليه قيمةَ عَدل ، وأعطى شركاءه حصصهم »[1].

وأما كونه يحتمل أن يسري في الأول ؛ فلأن المدبر بعضه استحق العتق بموت سيده. فسرى إلى نصيب شريكه؛ كأم الولد.

وأما كونه يحتمل أن لا يسري في الثاني ؛ فلأن الشريك قد استحق الولاء على العبد بموته. فلم يكن للآخر إبطاله.

قال: (وإذا أسلم مدبّر الكافر لم يقر في يده ، وتُرك في يد عدل ينفق عليه من كسبه وما فضل لسيده. وإن أعوز فعليه تمامه . إلا أن يرجع في التدبير ونقول بصحة رجوعه فيجبر على بيعه).

أما كون مدبر الكافر إذا أسلم لا يقر في يد سيده ؛ فلأن المسلم لا يقر في يد الكافر.

وأما كونه يترك في يد عدل -وإن كان الواجب في عبد الكافر إذا أسلم بيعه- إذا لم يرجع في التدبير ... إلى آخره ؛ فلأن في البيع إبطال سبب العتق فكان في تركه في يد عدل إبقاء لسبب العتق، وانتظاراً لعتقه. وذلك أصلح وأولى.

وقال المصنف في المغني: يحتمل أن يؤمر بإزالة ملكه عنه ويجبر عليه؛ لئلا يبقى كافر مالكاً لمسلم.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٤٦٠.

وأما كونه ينفق عليه من كسبه ؛ فلأنه أولى الأشياء به.

وأما كون ما فضل لسيده ؛ فلأنه مملوكه وذلك شأن المملوك.

وأما كون تمام النفقة إذا أعوز الكسب على الكافر ؛ فلأنه مملوكه ونفقة المملوك على السيد وإن لم يكن له كسب.

وأما كون السيد يجبر على بيعه ولا يترك في يد عدل إذا قبل بصحة الرجوع على ما فيه من الخلاف ؛ فلأن الكافر لا يقر على استمرار ملكه على المسلم.

قال: (ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين . وهل يحكم عليه[1] بشاهد وامرأتين أو بشاهد ويمين العبد ؟ على روايتين . وإذا قتل المدبّر سيده بطل تدبيره).

أما كون من أنكر التدبير لا يحكم عليه بغير ما ذكر ؛ فلأنه منكر ، والقول قول المنكر.

وأما كونه يحكم عليه بشاهدين ؛ فلأن الشاهدين بينة ، وهي تُظهر الحق. ولا بد من لحظ عدالة الشاهدين؛ لأن ذلك شرط في البينة.

وأما كونه يحكم عليه بشاهدٍ وامرأتين أو شاهدٍ ويمين على روايةٍ؛ فبالقياس على البيع.

وأما كونه لا يحكم عليه بذلك على روايةٍ ؛ فلأن الغرض إثبات الحرية وتكميل الأحكام. فلا يثبت ذلك إلا بشهادة عدلين؛ كالنكاح والطلاق.

وأما كون المدبر إذا قتل سيده يبطل تدبيره ؛ فلأنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم الذي جعل شرطاً لعتقه فعوقب بنقيض قصده. فسلب الموت حكمه في العتق الذي قصد القتل لأجله؛ قطعاً لاتخاذ ذلك وسيلة إلى العتق؛ كما حُرم القاتل الميراث.

ولأن التدبير وصية أو في معنى الوصية وكلاهما يبطل بالقتل.

---

(١) زيادة من المقنع.

باب الكتابة

الكتابة مصدر كاتب . يقال : كاتب عبده كتابة ومكاتبة.

قال المصنف رحمه الله: (وهي : بيع العبد نفسه بمال في ذمته . وهي مستحبة لمن يُعلم فيه خيراً . وهو : الكسب والأمانة . وعنه: أنها واجبة إذا ابتغاها من سيده أجبر عليها).

أما قول المصنف رحمه الله: وهي بيع العبد نفسه بمال في ذمته؛ فبيان لمعنى الكتابة شرعاً.

وأما كونها مستحبة في الجملة؛ فلما فيها من تخليص الرقبة من الرق.

وأما كونها غير واجبة على المذهب ؛ فلأنها إعتاق بعوض. فلا تجب؛ كالاستسعاء.

وأما كونها واجبة على رواية؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فكاتبوهم﴾ [النور:٣٣] وظاهر الأمر الوجوب ، وروي « أن ابن سيرين أبا محمد ابن سيرين كان عبداً لأنس بن مالك فسأله أن يكاتبه فأبى . فأخبر سيرينُ عمر بن الخطاب بذلك . فرفع الدرّة على أنس وقرأ عليه: ﴿والذين يتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً﴾ [النور:٣٣] . فكاتبه أنس »[1].

وأما كونها إذا ابتغاها العبد من سيده فامتنع يجبر عليها ؛ فلأن هذا شأن الواجب .

والأولى هي الصحيحة في المذهب؛ لما ذكر.

والآية محمولة على الاستحباب. وقول عمر يخالفه نقل أنس.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣١٩ كتاب المكاتب، باب من قال: يجب على الرجل مكاتبة عبده قوياً أميناً ومن قال: لا يجبر عليها.

وأما قوله: لمن يُعلم فيه خيراً؛ فتنبيهٌ على أن كون العبد فيه خير يعلمه السيد شرط للاستحباب أو الوجوب؛ لأن الله تعالى شرط ذلك حيث قال: ﴿إن علمتم فيهم خيراً﴾ [النور:٣٣] .

وفسر المصنف الخير بالكسب والأمانة؛ لأنه المناسب لإيقاع الكتابة . ونسب ذلك في المغني إلى الشافعي. ونقل عن أحمد فيه أن الخير: صدق، وصلاح، ووفاء بمال الكتابة . وهو قريب من الأول.

قال: (وهل تكره كتابة من لا كسب له ؟ على روايتين).

أما كون كتابة من ذُكر تكره على روايةٍ ؛ فلأن كتابة من لا كسب له إضرار[1] بالمسلمين ، وجعله كَلاًّ وعيالاً عليهم مع ثبوت نفقته الواجبة على سيده.

وأما كونها لا تكره على روايةٍ ؛ فلأن بريرة كاتبها أهلها ولا حرفة لها . فلم ينكر ذلك رسول الله ﷺ[2].

قال (ولا تصح إلا من جائز التصرف . وإن كاتب المميز عبده بإذن وليه صح . ويحتمل أن لا يصح . وإن كاتب السيد عبده المميز صح).

أما كون الكتابة لا تصح إلا من جائز التصرف ؛ فلأنها عقد معاوضة. فلم تصح من غير جائز التصرف؛ كالبيع ونحوه.

وأما كون كتابة المميز عبده بإذن وليه تصح على المذهب ؛ فلأن تصرف المميز بإذن وليه صحيح في غير الكتابة . فكذلك فيها.

وأما كونها يحتمل أن لا تصح ؛ فلأن المميز غير مكلف. فلم يصح منه عقد الكتابة؛ كالمجنون.

وأما كون كتابة السيد عبده المميز يصح ؛ فلأنه مميز والمصلحة له في العتق لخلاصه من الرق. أشبه البالغ.

---

(١) في أ: إضراراً.

(٢) سيأتي ذكر حديث بَريرة وتخريجه ص: ٥٠٢.

قال: (ولا تصح إلا بالقول . وتنعقد بقوله : كاتبتك على كذا وإن لم يقل : فإذا أديت إليّ فأنت حر . ويحتمل أن يشترط قوله أو نيته).

أما كون الكتابة لا تصح إلا بالقول ؛ فلأنها إما بيع وإما تعليق للعتق على الأداء، وكلاهما لا يصح إلا بالقول.

وأما كونها تنعقد بقوله : كاتبتك على كذا وإن لم يقل: فإذا أديت إليّ فأنت حر على المذهب ؛ فلأنه صريح في الكتابة . فانعقد به ؛ كصريح البيع وغيره.

وأما كونه يحتمل أن يشترط قوله أو نيته ؛ فلأن الكتابة في المعنى تعليقٌ للعتق على الأداء . فلا بد من التلفظ به أو نيته.

قال: (ولا تصح إلا على عوض معلوم مُنَجَّم نجمين فصاعداً . يُعلم قدر ما يؤدي في كل نجم . وقيل: تصح على نجم واحد . وقال القاضي: تصح على عبد مطلق وله الوسط).

أما كون الكتابة لا تصح إلا على عوض معلوم على المذهب ؛ فلأن الكتابة عقد معاوضة. فلا يصح مع جهل العوض؛ كالبيع.

ولأن الكتابة بيع . فاشترط فيها العلم بالعوض؛ كسائر البياعات.

وأما كونه منجماً والمعنِيُّ به أن لا يكون حالاً ؛ فلأن جماعة من الصحابة عقدوا الكتابة. ولم ينقل عن واحدٍ منهم أنها عقدها حالّة، ولو كان ذلك يجوز لم يتفق جميعهم على تركه.

ولأن الكتابة عقد معاوضة يعجز عن أداء عوضها حالاً. فكان من شرطه التأجيل؛ كالسلم.

وأما كون العوض مُنَجَّماً نجمين فصاعداً . فقال الإمام أحمد: من الناس من يقول: نجمان، ومنهم من يقول: نجم، ونجمان أحب إليّ.

وظاهره أنه ذهب إلى أنه لا يجوز أقل من نجمين.

ووجهه : أن الكتابة مشتقة من الضم . فوجب افتقارها إلى نجمين؛ ليحصل الضم .

وعن علي رضي الله عنه أنه قال: « الكتابة على نجمين ».

وعن عثمان رضي الله عنه : « أنه غضب على عبد له فقال: لأعاقبنك ، ولأكاتبنك على نجمين »[1].

وقال ابن أبي موسى: تصح على نجمٍ واحدٍ؛ لأنه عقدٌ يشترط فيه التأجيل . فجاز أن يكون إلى أجلٍ واحد؛ كالسلم.

ولأن اعتبار التأجيل؛ ليتمكن من تسليم العوض ، وهذا يحصل بنجمٍ واحد.

وأما كون قدر ما يؤدي في كل نجمٍ يعلم؛ فلئلا يؤدي إلى المنازعة.

وأما كون الكتابة على عبدٍ مطلق وله الوسط على قول القاضي ؛ فلأنه كذلك عنده في النكاح والخلع . فليكن كذلك في الكتابة.

قال: (وتصح على مال وخدمة سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت).

أما كون الكتابة على ما ذكر ؛ فلأن كل واحدٍ منهما يصح أن يكون عوضاً في غير الكتابة . فكذلك يجب أن يصح فيها.

وأما كونها تصح سواء تقدمت الخدمة أو تأخرت ؛ فلأن تقدمها أو تأخرها لا يخرجها عن كونها تصح أن تكون عوضاً. وفي قول المصنف رحمه الله ذلك إشعار بصحة كونها حالّة.

فإن قيل: لم صح الحلول في الخدمة دون المال[2] ؟

قيل: لأن المنع من الحلول في المال إنما كان لئلا يتحقق عجزه عن أداء العوض وهذا مفقود في الخدمة؛ لأنه قادر عليها.

قال: (وإذا أدى ما كوتب عليه أو أُبرئ منه : عتق . وما فضل في يده فهو له . وعنه: أنه إذا ملك ما يؤدي صار حراً ويجبر على أدائه).

أما كون من أدى ما كوتب عليه أو أُبرئ منه يعتق؛ فلأن موضوع الكتابة العتق بتقدير الأداء أو الإبراء . فيجب أن يحصل عند حصول أحدهما.

ولأن رقبته بالأداء أو الإبراء تمحضت له . فوجب أن يعتق عملاً بالملك المقتضي له السالم عن معارضة حق السيد.

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣٢٠ كتاب المكاتب، باب مكاتبة الرجل عبده أو أمته على نجمين فأكثر بمال صحيح.

(٢) بياض في أ مقدار كلمة، ولعل الصواب ما أثبتناه.

وأما كون ما فضل في يده [له][1] ؛ فلأنه مالكٌ له . بدليل صحة تصرفه فيه قبل العتق .

وفي تعليق العتق بالأداء أو الإبراء إشعار بأنه لا يصير حراً إذا ملك ما يؤدي وذلك صحيح على المذهب؛ لأن النبي ﷺ قال: « المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم »[2] رواه أبو داود.

وأما كونه يصير حراً بذلك على رواية؛ فلما روت أم سلمة أن النبي ﷺ قال: « إذا كان لإحداكن مُكاتبٌ وكان عنده ما يُؤدي فلتحتجبْ منه »[3]. رواه أبو داود والترمذي. وقال: حديث حسن صحيح.

ولأنه مالك لوفاء الكتابة . أشبه ما لو أدّاه.

فعلى هذا إن أدى ما عليه من الكتابة فلا كلام ، وإن امتنع أجبر عليه؛ لأنه حقٌّ واجب. أشبه سائر الحقوق الواجبة. وإن هلك بقي في ذمته؛ لأنه هلك بعد الحكم بعتقه . فلم يرتفع العتق وتعين ثبوته في الذمة ؛ لأنها محل الحق.

والأول المذهب؛ لما تقدم. ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « أيما عبدٍ كاتبَ على مائة أوقيةٍ فأدّاها إلا عشرةَ أواق فهو عبد ، وأيما عبدٍ كاتبَ على مائة دينار فأدّاها إلا عشرةَ دنانيرَ فهو عبد »[4] ، وفي لفظ: « [من] كاتبَ عبدهُ على مائةً

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٢٦) ٤: ٢٠ كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٢٨) ٤: ٢١ كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦١) ٣: ٥٦٢ كتاب البيوع ، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٢٠) ٢: ٨٤٢ كتاب العتق، باب المكاتب. قال السندي: ذكر البيهقي عن الشافعي ما يدل على أن الحديث لا يخلو من ضعف ؛ لأن راويه نبهان.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٢٧) ٤: ٢٠ كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت.

أوقيةٍ فأدّاها إلا عشرةَ أواقٍ -أو قال: عشرة دراهم- ثم عَجَزَ فهو رقيق »[1] .
رواه الترمذي. وقال: هذا حديث غريب.

ولأنه عتق عُلّق بعوض . فلم يعتق قبل أدائه ؛ كما لو قال: إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر.

قال: (فلو مات قبل الأداء كان ما في يده لسيده في الصحيح عنه . وعلى الرواية الأخرى: لسيده بقية كتابته، والباقي لورثته).

أما كون ما في يد المكاتب لسيده في الصحيح عن الإمام أحمد إذا مات قبل الأداء ؛ فلأن الصحيح أنه لا يعتق إلا بالأداء؛ لما تقدم . ولم يوجد.

وأما كون بقية كتابته له والباقي لورثته على الرواية الأخرى ؛ فلأنه يعتق بملك الوفاء . فيكون لسيده ما ذكر ، والباقي لورثته . ويمكن أن يحمل الكلام المذكور على أن الكتابة هل تنفسخ بموت المكاتب إذا خلف وفاء ؟ وفيه روايتان:

إحداهما: تنفسخ؛ لأنه مات قبل أداء الكتابة. فوجب أن تنفسخ؛ كما لو لم يكن له وفاء.

ولأنه عتق معلق بشرط مطلق. فينقطع بالموت؛ كما لو قال: إذا أديت إليّ ألفاً فأنت حر.

فعلى هذا يكون المال الذي في يده لسيده؛ لأنه عبده.

والثانية: لا تنفسخ؛ لأنه عقد معاوضة. فلم تنفسخ بموت أحد المتعاقدين؛ كالآخر . والمراد السيد.

فعلى هذا يكون للسيد قدر الكتابة أو بقيتها؛ لأنه يستحقه . والباقي لورثة المكاتب؛ لأنه حقهم.

والأول أصح؛ لما ذكر.

والفرق بين العبد وبين السيد: أن حق العقد متعلق بعين العبد وهو ثبوت حريته، وذلك متعذر بالموت . بخلاف السيد.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦٠) ٣: ٥٦١ كتاب البيوع، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي. وما بين المعكوفين زيادة من الجامع.

قال: (وإذا عُجلت الكتابة قبل مَحلّها لزم السيد الأخذ وعتق. ويحتمل أن لا يلزمه ذلك إذا كان في قبضه ضرراً).

أما كون السيد يلزمه أخذ ما ذكر إذا لم يكن فيه ضرر ؛ فلأن تعجيله محض مصلحة. فلزم قبوله؛ كما لو دفع إليه أجودَ من حقه من جنسه.

ولأنه يروى « أن رجلاً أتى عمر. فقال: يا أمير المؤمنين ! إني كاتبت على كذا وكذا، وإني أيسرت بالمال. فأتيته بالمال. فزعم أنه لا يأخذها إلا نُجُوماً. فقال عمر: يا برقا! خذ هذا المال فاجعله في بيت المال، وأدّ إليه نُجُوماً في كل عام. وقد عتق هذا. فلما رأى ذلك سيده أخذ المال »[1]. وعن عثمان نحوه[2]. رواه عنهما سعيد بن منصور في سننه.

ولأن الأجل حق لمن عليه الدين فإذا عجله فقد رضي بإسقاط حقه. فيجب أن يسقط؛ كسائر الحقوق.

وأما كونه إذا عجله وفي قبضه ضرر . وهو : ما يختلف حديثه وقديمه، أو يحتاج إلى مؤونة في حفظه، أو يدفعه في حال خوفٍ يخاف ذهابه، أو يفسد؛ كالعنب والرطب، أو ما يخاف تلفه؛ كالحيوان : يلزمه أخذه على المذهب؛ فلأن عمر وعثمان قضيا بأخذه من غير تفصيل.

فعلى هذا يعتق.

وأما كونه يحتمل أن لا يلزمه أخذه فيما ذكر على روايةٍ ؛ فلأن بقاء المكاتب في هذه المدة في ملكه حقٌّ له ، ولم يرض بزواله . فلم يزل ؛ كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق قبله .

وظاهر كلام المصنف هاهنا أنه إذا لم يكن في قبضه ضرر لا خلاف في لزوم أخذه؛ لأنه قيّد الخلاف بالضرر.

وقال في المغني: أن الروايتين عن الإمام أحمد مطلقتان، وأن الصحيح في المذهب اللزوم، وأن القاضي قال: المذهب عندي التفصيل. وذكر في الكافي: أنه إن كان

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣٣٥ كتاب المكاتب، باب تعجيل الكتابة.

(٢) أخرجه البيهقي في الموضع السابق.

في قبضه ضرر لم يلزمه قبضه؛ لما فيه من الضرر، وإن لم يكن في قبضه ضرر ففيه روايتان.

قال: (**ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده ويضع عنه بعض كتابته**).

أما كونه لا بأس بما ذكر فلأن الملحوظ في الكتابة جانب المكاتب لا جانب السيد.

وأما كونه لا بأس بما ذكر في دين الكتابة دون غيره ؛ فلأن دين الكتابة غير مستقر وليس بدين في الحقيقة . بخلاف غيره فإنه مستقرٌّ ودين في الحقيقة.

قال: (**وإذا أدى وعتق. فوجد السيد بالعوض عيباً: فله أرشه، أو قيمته. ولا يرتفع العتق**).

أما كون السيد له الأرش أو القيمة ؛ فلأن إطلاق العقد يقتضي السلامة . فإذا تعذر رد المكاتب رقيقاً وجب أحدهما؛ لأن فيه جبر ما اقتضاه إطلاق العقد.

وأما كونه لا يرتفع العتق ؛ فلأن العتق إتلاف . فإذا حكم بوقوعه لم يبطل ؛ كعقد الخلع.

ولأنه ليس المقصود منه المال. أشبه الخلع. والله أعلم.

فصل [فيما يملك المكاتب]

قال المصنف رحمه الله تعالى: **(ويملك المكاتب أكسابه، ومنافعه، والشراء، والبيع، والإجارة، والاستئجار، والسفر، وأخذ الصدقة، والإنفاق على نفسه وولده ورقيقه، وكل ما فيه صلاح المال).**

أما كون المكاتب يملك أكسابه ومنافعه والتصرف ... إلى قوله وأخذ الصدقة ؛ فلأن عقد الكتابة إنما عقد لتحصيل العتق، ولا يحص ل إلا بأداء عوضه، ولا يمكنه إلا بملك أكسابه والتصرف بحسب اختياره على وجه المصلحة.

وأما كونه يملك كل ما فيه صلاح المال؛ فلما في ذلك من الصلاح.

قال: **(فإن شرط عليه أن لا يسافر ولا يأخذ الصدقة فهل يصح الشرط ؟ على وجهين).**

أما كون الشرط المذكور يصح على وجهٍ ؛ فلأن له فيه غرضاً صحيحاً وهو أن لا يطعمه أوساخ الناس.

وأما كونه لا يصح على وجه ؛ فلأن ذلك وسيلة إلى تحصيل عتقه. فلم يصح اشتراط عدمه؛ كما لو اشترط عليه بأن لا يبيع ولا يشتري.

قال: **(وليس له أن يتزوج، ولا يتسرى، ولا يتبرع، ولا يقرض، ولا يحابي، ولا يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه، ولا يعتق، ولا يكاتب: إلا بإذن سيده. وولاء من يعتقه ويكاتبه لسيده).**

أما[1] كون المكاتب ليس له أن يتزوج بغير إذن سيده ؛ فلأنه عبد . فيدخل في قول النبي ﷺ: « أيما عبدٍ تزوج بغير إذن مواليهِ فهوَ عَاهِر »[2].

---

(١) في أ: وأما.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٧٨) ٢: ٢٢٨ كتاب النكاح، باب في نكاح العبد بغير إذن سيده. ⇦

ولأن على السيد في ذلك ضرراً؛ لأنه يحتاج أن يؤدي المهر والنفقة من كسبه، وربما عجز . فيرق ويرجع إليه ناقص القيمة.

وأما كونه له ذلك بإذن سيده ؛ فلأن مفهوم الحديث يدل عليه.

ولأن المنع لحقه فإذا أذن له فقد أسقط حقه.

ولأنه لو أذن للعبد القن في النكاح صح منه . فالمكاتب أولى.

وأما كونه ليس له أن يتسرى بغير إذن ؛ فلأن ملكه غير تام.

ولأن على السيد في ذلك ضرراً . فإنه ربما أحبلها وعجز عن أداء مال الكتابة فإذا فسخت عاد ماله إليه ناقصاً؛ لأن الحبل مخوفٌ في بنات آدم.

وأما كونه له ذلك إذا أذن له سيده ؛ فلأنه لو أذن للعبد القن في التسري جاز . فالمكاتب أولى.

وأما كونه ليس له أن يتبرع بغير إذن سيده ؛ فلأنه محض ضرر. فمنع منه؛ كالعبد القن.

وأما كونه له ذلك إذا أذن له فيه ؛ فلأن الحق له.

وأما كونه ليس له أن يقرض بغير إذنه ؛ فلأنه بعرضية أن لا يرجع إليه؛ لأن المقترض ربما أفلس أو مات ولا شيء له.

وأما كونه له ذلك إذا أذن له فيه ؛ فلأن الحق له.

وأما كونه ليس له أن يحابي بغير إذنه ؛ فلأنه تبرع. فمنع منه؛ كالهبة.

ولأن في ذلك ضرراً على السيد.

وأما كونه له ذلك إذا أذن فيه؛ فلما تقدم.

وأما كونه ليس له أن يقتص من عبده الجاني على بعض رقيقه ؛ فلأنه إتلاف لماله باختياره.

ولأن في ذلك ضرراً على السيد.

⇨

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١١٢) ٣: ٤٢٠ كتاب النكاح، باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده.

وقال القاضي: له ذلك؛ لأنه من مصالح ملكه؛ لأنه إذا لم يستوف ذلك صار وسيلة إلى إقدام بعضهم على بعض.

وأما كونه ليس له أن يعتق بغير إذن سيده ؛ فلأنه محض تبرع . أشبه الهبة.

وأما كونه له ذلك بإذن سيده؛ فلما تقدم غير مرة.

وأما كونه ليس له أن يكاتب بغير إذنه ؛ فلأنه ليس له أن يعتق. فلم يكن له أن يكاتب؛ كالمأذون له في التجارة.

وأما كونه له ذلك إذا أذن له فيه ؛ فلأن الحق له. فإذا أذن فيه صار كسائر الحقوق.

وأما كون ولاء من يعتقه ويكاتبه لسيده ؛ فلأنه إذا ثبت له الولاء على المكاتب . فلأن يثبت على من أنعم على المكاتب بطريق الأولى.

قال: (ولا يكفّر بالمال . وعنه: له ذلك بإذن السيد).

أما كون المكاتب ليس له أن يكفر بالمال إذا لم يأذن له سيده في ذلك ؛ فلأنه عبد.

ولأنه في حكم المعسرين . بدليل أنه لا يلزمه زكاة ولا نفقة قريب، وله أخذ الزكاة.

وأما كونه ليس له ذلك إلا إذا أذن له سيده فيه على المذهب؛ فلما تقدم.

وأما كونه له ذلك على رواية ؛ فلأن الحق للسيد وقد أذن فيه .

وهذا الخلاف في الجواز لا في الوجوب؛ لأنه لو وجب عليه التكفير بالمال لكان عليه في ذلك ضرر؛ لما فيه من إفضائه إلى تفويت الحرية. فلم يجب التكفير بالمال؛ كالتبرع.

قال: (وهل له أن يرهن أو يضارب بماله ؟ يحتمل وجهين).

أما كون المكاتب ليس له أن يرهن أو يضارب على وجه ؛ فلأن في ذلك ضرراً على السيد؛ لأن الرهن ربما استحق لتعذر الوفاء، وبيع في الدين، والمضاربة ربما خسر فيها، وربما كان فيها غرر من حيث: إنه سلم ماله لغيره.

وأما كونه له ذلك على وجه ؛ فلأن دين الرهن والمضاربة سببان للربح. أشبه الاستدانة من غير رهن، والمضاربة بمال الغير.

قال: (وليس له شراء ذوي رحمه إلا بإذن سيده . وقال القاضي : له ذلك . وله أن يَقْبَلهم إذا وهبوا له أو أوصى له بهم إذا لم يكن فيه ضرر بماله. ومتى ملكهم لم يكن له بيعهم. وله كسبهم وحكمهم حكمه فإن عتق عتقوا، وإن رق صاروا رقيقاً للسيد. وكذلك الحكم في ولده من أمته).

أما كون المكاتب ليس له شراء ذوي رحمه إلا بإذن سيده على المذهب ؛ فلأنه تصرف يؤدي إلى إتلاف ماله. فإنه يخرج من ماله ما يجوز له التصرف فيه في مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه . فصار كالهبة.

وأما كونه له ذلك على قول القاضي ؛ فلأنه يصح أن يشتريهم غير المكاتب. فصح أن يشتريهم؛ كغير ذوي رحمه. وما ذكر من أنه يخرج من ماله ما لا يجوز له التصرف فيه فمقابل بحصول الكسب والانتفاع بهم، وبهذا فارق الهبة فإنه لا نفع فيها.

وأما كونه له أن يقبلهم إذا وهبوا له أو وصي له بهم إذا لم يكن فيه ضرر بماله ؛ فلأنه ليس في القبول إتلاف مال ولا ضرر . مع أنه سبب لتحصيل الحرية بتقدير الأداء، وذلك مطلوب شرعاً.

وأما كونه ليس له أن يبيعهم متى ملكهم ؛ فلأن مقتضى الحال أنهم يعتقون عليه؛ لأنهم ملكه . إلا أنه لما كان في ذلك ضرراً على السيد لم يترتب على المقتضي مقتضاه فاقتضى وقوف الحال إلى أن يتبين هل يعتق أو يرق ؟.

وأما كونه له كسبهم ؛ فلأنهم مماليكه.

وأما كون حكمهم حكمه ؛ فلأنهم تبع له.

وأما كونهم إذا عتق عتقوا وإذا رق صاروا رقيقاً للسيد؛ فلما ذكر في التبعية.

ولأن ملكه استقر عليهم حينئذٍ وهم ذوو رحمه. فعتقوا عليه؛ كغيره.

ولأن مقتضى الدليل أنهم يعتقون بمجرد الملك لكن عارضه حق للسيد وقد زال . فوجب أن يعمل المقتضي عمله.

وأما كون حكم ولده من أمته كذلك ؛ فلأنه من ذوي رحمه . فكان حكمه حكم ما تقدم ذكره.

قال: (وولد المكاتبة الذي ولدته في الكتابة يتبعها . وإن اشترى المكاتب زوجته انفسخ نكاحها).

أما كون ولد المكاتبة المذكور يتبع المكاتبة ؛ فلأن الكتابة سبب للعتق. فسرى إلى الولد؛ كالاستيلاد.

وفي قول المصنف رحمه الله تعالى: الذي ولدته في الكتابة إشعار بأن الولد قبل الكتابة لا يتبعها وهو صحيح؛ لأنه لو باشرها بالعتق لم يتبعها ولدها . فلأن لا يتبعها في الكتابة بطريق الأولى.

وأما كون المكاتب إذا اشترى زوجته ينفسخ نكاحها ؛ فلأن المكاتب يملك ما يشتريه . بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده، ولسيده عليه، ويجري الربا بينه وبينه.

قال: (وإن استولد أمته فهل تصير أم ولد له يمتنع عليه بيعها ؟ على وجهين).

أما كون من استولد أمته تصير أم ولدٍ له يمتنع عليه بيعها على وجه ؛ فلأنه مستولد به. أشبهت مستولدة الحر.

وأما كونها لا تصير أم ولدٍ له يمتنع عليه بيعها على وجهٍ ؛ فلأنها حملت بمملوك في ملكٍ غير تام.

قال المصنف في المغني: والمذهب أنها تصير أم ولدٍ؛ لأن ولدها له حرمة الحرية. ولهذا لا يجوز بيعه.

فصل [فيما يملك السيد من المكاتب]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**ولا يملك السيد شيئاً من كسبه ولا يبيعه درهماً بدرهمين . وإن جنى عليه فعليه أرش جنايته**).

أما كون السيد لا يملك شيئاً من كسب المكاتب ؛ فلأن المكاتب يملكه. والمال الواحد لا يتوارد عليه مالكان في وقتٍ واحد.

وأما كونه لا يبيعه درهماً بدرهمين ؛ فلأن المكاتب مع سيده؛ كالأجنبي.

وأما كونه إذا جنى عليه : عليه أرش جنايته؛ فلما ذكر من أنه معه؛ كالأجنبي.

قال: (**وإن حبسه مدةً فعليه أرفق الأمرين به من إنظاره مثل تلك المدة، أو أجرة مثله**).

أما كون السيد إذا حبس مكاتبه عليه أرفق الأمرين المذكورين ؛ فلأن عقد الكتابة ملحوظٌ فيه حظ المكاتب.

وأما كون أحدهما إنظاره مثل تلك المدة ؛ فلأن ذلك نظير ما فاته.

وأما كون الآخر أجرة مثله لمدة الحبس ؛ فلأنه منعه من التصرف لوفاء ما عليه وفوّت منفعته في تلك المدة. أشبه ما لو حبس عبداً له صنعة.

قال: (**وليس له أن يطأ مكاتبته إلا أن يشترط. فإن وطئها ولم يشترط، أو وطئ أمتها فلها عليه المهر، ويؤدب، ولا يبلغ به الحد. وإن شرط وطئها فلا مهر لها عليه**).

أما كون السيد ليس له أن يطأ مكاتبته مع عدم الاشتراط ؛ فلأن الكتابة عقد أزال ملك استخدامها، ومنع ملك عوض منفعة البضع فيما إذا وطئت بشبهة . فأزال حل وطئها؛ كالبيع.

وأما كونه له ذلك مع الاشتراط ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « المؤمنون على شروطهم »[1].

ولأنه شرط منفعتها فوجب أن يصح؛ كما لو اشترط استخدامها. يحقق هذا أن ملكه باق عليها. وإنما منع من وطئها؛ لحقها. فإذا اشترطه جاز؛ كالخدمة.

وأما كون السيد عليه المهر إذا وطئ المكاتبة ولم يشترط ، أو وطئ أمتها ؛ فلأنه عوض شيء مستحق المكاتبة . فكان لها ؛ كبقية منافعها.

ولا فرق بين المطاوعة والإكراه: أما مع الإكراه؛ فظاهر. وأما مع المطاوعة ؛ فلأن الحد سقط عن السيد للملك . فوجب لها المهر؛ كما لو وطئ امرأة لشبهه عقد . فإنها تستحق المهر مع المطاوعة.

وأما كونه يؤدب؛ فلأن وطئه وطءٌ حرام.

وأما كونه لا يبلغ به الحد ؛ فلأن الحد يدرأ بالشبهات ، والمكاتب مملوك . بدليل قوله عليه السلام: « المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم »[2].

وأما كونه لا مهر عليه إذا شرط وطئها ؛ فلأنه وطء مأذون فيه؛ لما تقدم من صحة اشتراطه.

قال: (ومتى ولدت منه صارت أم ولده وولده حر. فإن أدت عتقت. وإن مات قبل أدائها عتقت وسقط ما بقي من كتابتها. وما في يدها لها إلا أن يكون بعد عجزها . وقال أصحابنا : هو لورثة سيدها. وكذلك الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده).

أما كون المكاتبة متى ولدت من السيد تصير أم ولده ؛ فلأنها علقت بحرٍ في ملكه.

وأما كون ولده حراً ؛ فلأنه من مملوكته.

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح.

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٢) ٣: ٦٣٤ كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس.

(٢) سبق تخريجه ص: ٤٨٩.

وأما كونها تعتق بأدائها ؛ فلأن كتابتها لم تبطل؛ لأن الكتابة عقد لازم من جهة سيدها.

وأما كونها تعتق بموت السيد ؛ فلأن ذلك شأن أم الولد.

وأما كون ما بقي من كتابتها تسقط ؛ فلأنها عتقت بغير الكتابة.

وأما كون ما بقي في يدها إذا مات السيد ولم تعجز : لها على قول غير الأصحاب ؛ فلأن العتق إذا وقع في الكتابة لم يبطل حكمها وكان بمنزلة الإبراء من نجوم الكتابة. وذكر المصنف في المغني: أن ذلك قول القاضي وابن عقيل.

وأما كونه لورثة سيدها على قولهم ؛ فلأنها عتقت بحكم الاستيلاد. فكان ما في يدها لورثة سيدها؛ كما لو لم تكن مكاتبة.

وأما كونه للورثة إذا عجزت قبل موت سيدها ؛ فلأنها عادت إلى ملك السيد بالعجز.

وأما كون الحكم فيما إذا أعتق المكاتب سيده كالحكم فيما تقدم ذكره ؛ فلأن عتقه بالمباشرة كعتقها بالاستيلاد . فوجب استواؤهما في الحكم.

وقال المصنف في المغني: يحتمل أن يفرق بينهما من حيث: إن الإعتاق يكون برضى من المعتق فيكون رضى منه بإعطائها مالها. والعتق بالاستيلاد يحصل بغير رضى الورثة واختيارهم فلا يستتبع المكاتب شيئاً من ماله.

قال: (وإن كاتب اثنان جاريتهما ثم وطئاها فلها المهر على كل واحد منهما . وإن ولدت من أحدهما صارت أم ولد له، ويغرم لشريكه نصف قيمتها. وهل يغرم نصف قيمة ولدها ؟ على روايتين).

أما كون المكاتبة لها المهر على كل واحدٍ من سيدها إذا وطئاها ؛ فلأن الوطء يوجب المهر، وقد وجد ذلك منهما.

وأما كونها تصير أم ولدٍ للذي أولدها منهما؛ فلأنها علقت بحرٍّ في شيء ملك بعضه ، وذلك موجب للسراية؛ لأن الاستيلاد أقوى من العتق . بدليل أنه يصح من المجنون وينفذ من الأب في جارية ابنه، وينفذ من رأس المال في مرض الموت.

وأما كون الذي أولدها يغرم نصف قيمتها لشريكه ؛ فلأنه أتلفها عليه بصيرورتها أم ولد.

وأما كونه يغرم نصف قيمة ولدها على روايةٍ ؛ فلأنه كان من سبيل هذا النصف: أن يكون مملوكاً لشريكه فقد أتلف رقه على شريكه بفعله. فكان عليه نصف قيمه،.

وأما كونه لا يغرم ذلك على رواية ؛ فلأنه انتقل إليه نصيب شريكه من حين العلوق، وفي تلك الحال لم تكن له قيمة.

قال: (وإن أتت بولد فألحق بهما صارت أم ولد لهما يعتق نصفها بموت أحدهما وباقيها بموت الآخر. وعند القاضي: لا يسري استيلاد أحدهما إلى نصيب شريكه إلا أن يعجز فينظر حينئذ فإن كان موسراً قوّم عليه نصيب شريكه، وإلا فلا).

أما كون الموطوءة المذكورة تصير أم ولدٍ لهما إذا أتت بولدٍ فألحق بهما ؛ فلأن الولد منسوبٌ إليهما.

وأما كون نصفها يعتق بموت أحدهما ؛ فلأنه هو الذي يملكه.

وأما كون استيلاد أحدهما لا يسري إلى نصيب شريكه على قول القاضي إذا لم تعجز ؛ فلأن المكاتبة انعقد فيها سبب الحرية، ولمكاتبها عليها الولاء، وفي السراية إبطال لذلك.

وأما كون المكاتبة إذا عجزت ينظر في مكاتبها ؛ فلأن له حالة يسري فيها ، وحالة لا يسري فيها.

وأما كون نصيب شريكه الموسر يُقَوَّم عليه ؛ فلأن استيلاد الموسر موجب للسراية في الرقيق، وقد تحقق الرق هنا.

وأما كون نصيب شريك غير الموسر لا يُقَوَّم عليه ؛ فلأن الاستيلاد غير الموسر لا يسري عند القاضي، وهذا قوله فبناه على أصله.

فصل [في بيع المكاتب]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (ويجوز بيع المكاتب . ومشتريه يقوم مقام المكاتب فإن أدى إليه عتق وولاؤه له. وإن عجز عاد قناً له . وإن لم يعلم أنه مكاتب فله الرد أو الأرش . وعنه: لا يجوز بيعه).

أما كون بيع المكاتب يجوز على المذهب؛ فلما روت عائشة أنها قالت: « جاءت بريرة إليّ . فقالت: يا عائشة! إني كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية فأعينيني . قالت عائشة: إن أحبّ أهلك أن أَعُدَّها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت . فعرضت ذلك عليهم فأبوا . فذكرت عائشة ذلك لرسول الله ﷺ . فقال: لا يمنعك ذلك منها ابتاعي وأعتقي... مختصر »[1] متفق عليه.

قال ابن المنذر: بيعت بريرة بعلم النبي ﷺ وهي مكاتبة و لم ينكر ذلك.

وأما كون مشتريه يقوم مقام المكاتِب ؛ فلأنه بدل عنه .

وفيه إشعار بأن الكتابة لا تنفسخ بالبيع؛ كالنكاح والإجارة.

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن بيع السيد مكاتبه على أن تبطل كتابته ببيعه إذا كان ماضياً فيها مؤديا ما يجب عليه من نجومه في أوقاتها غير جائز.

وأما كونه إذا أدى إليه يعتق وولاؤه له، وإذا عجز يعود قِناً له ؛ فلأن حكمه هكذا كان مع البائع وقد ثبت مساواة المشتري له.

وأما كونه له الرد أو الأرش إذا لم يعلم أنه مكاتب ؛ فلأن الكتابة نقص؛ لأنه لا يقدر على التصرف فيه وقد انعقد سبب الحرية فيه. أشبه الأمة المزوجة.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٠٦٠) ٢: ٧٥٩ كتاب البيوع، باب: إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٠٤) ٢: ١١٤١ كتاب العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق.

وأما كون بيع المكاتب لا يجوز على رواية ؛ فلأنه عقد يمنع استحقاق الكسب . فمنع البيع ؛ كالذي لا نفع فيه.

قال: (وإن اشترى كل واحد من المكاتبين الآخر صح شراء الأول وبطل شراء الثاني . سواء كانا لواحد أو لاثنين. وإن جهل الأول منهما فسدَ البيعان).

أما كون شراء الأول يصح ؛ فلأن تصرفه نافذ، وبيع السيد مكاتبه جائز.

وأما كون شراء الثاني يبطل ؛ فلأن العبد لا يملك سيده؛ لأنه يفضي إلى تناقض الأحكام إذْ كل واحدٍ يقول لصاحبه: أنا مولاك وولي ولاؤك، وإن عجزت صرت لي رقيقاً.

وأما كون ذلك كذلك سواء كانا لواحدٍ أو لاثنين ؛ فلأن العلة كون العبد لا يملك سيده، وهي موجودة في الموضعين.

وأما كون البيعين يفسدان إذا جهل الأول ؛ فلأنه يجري مجرى نكاح الوليين إذا أشكل الأول منهما.

قال: (وإن أسر العدو المكاتب فاشتراه رجلٌ فأحبَّ سيده أخذه أخذه[1] بما اشتراه له . وإلا فهو عند مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته يعتق بالأداء وولاؤه له).

أما كون السيد إذا أحبّ أخذ مكاتبه يأخذه بما اشتراه الغير من العدو فمبني على ما إذا استولى الكفار على مال المسلم، ثم استولى عليه المسلمون، ثم وجده صاحبه بعد القسمة، وفيه روايتان تقدم ذكرهما في الجهاد[2].

وأما كونه إذا لم يحبّ أخذه فهو عند مشتريه مبقى على ما بقي من كتابته ؛ فلأن الكتابة عقدٌ لازمٌ لا يبطل بالبيع ؛ فلأن لا يبطل بالأسر بطريق الأولى.

وأما كونه يعتق بالأداء ؛ فلأنه مكاتبٌ قد أدى كتابته.

وأما كون ولائه للمشتري ؛ فلأنه معتقه.

---

(١) زيادة من المقنع.

(٢) ٢: ٥٧٨.

فصل [إذا جنى المكاتب]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**وإن جنى على سيده أو أجنبي فعليه فداء نفسه مقدماً على الكتابة . وقال أبو بكر : يتحاصّان**).

أما كون المكاتب إذا جنى : عليه فداء نفسه ؛ فلأنه هو الجاني، وفي الحديث أن النبي ﷺ قال: « لا يجني جانٍ إلا على نفسِه »[1].

ولأنه كالحر في باب المعاملاتً . فكذلك في الجنايات.

وأما كون ذلك مقدماً على الكتابة على المذهب ؛ فلأن أرش الجناية مستقر ، والكتابة غير مستقرة.

وأما كون الجناية والكتابة يتحاصان على قول أبي بكر ؛ فلأنهما اشتركا في الاستحقاق.

والأول المعمول به في المذهب؛ لما ذكر من الترجيح.

قال: (**وإن عتق فعليه فداء نفسه، وإن عجز فلسيده تعجيزه إن كانت الجناية عليه . وإن كانت على أجنبي ففداه سيده وإلا فسخت الكتابة وبيع في الجناية**).

أما كون المكاتب عليه فداء نفسه إذا عتق ؛ فلأنها كانت عليه قبل العتق . فكذلك بعده.

وأما كون السيد له تعجيزه إذا عجز وكانت الجناية على نفسه ؛ فلأن الأرش حق له. فكان له تعجيزه إذا عجز عنه؛ كمال الكتابة.

وأما كونه له فداؤه إذا كانت الجناية على أجنبي ؛ فلأنه لو كان عند المالك فداه . فكذلك هنا .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٢١٥٩) ٤: ٤٦١ كتاب الفتن، باب ما جاء دماؤكم وأموالكم عليكم حرام.

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٣٠٥٥) ٢: ١٠١٥ كتاب المناسك، باب الخطبة يوم النحر.

وفيه إشعار بأن السيد إذا اختار الفداء لم يكن للأجنبي فسخ الكتابة وبيعه في الجناية. وهو صحيح؛ لأن الفسخ كان لحق المجني عليه وقد زال ذلك[1] بالفداء.

وأما كون الكتابة تفسخ ويباع الجاني في الجناية إذا لم يفده السيد ؛ فلأن حق المجني عليه مقدّم على حق السيد؛ لأن أرش الجناية يتعلق بعين المكاتب . بخلاف السيد فإن حقه معلّق بالذمة.

ولأنه إذا قدّم حق المجني عليه على السيد في العبد القن . فلأن يقدّم في المكاتب بطريق الأولى.

ولقائل أن يقول: لا حاجة إلى فسخ الكتابة؛ لأن حق المجني عليه يندفع ببيعه مكاتباً.

فإن قيل: ربما كان أرش الجناية أكثر من قيمته مكاتباً.

قيل: يجب أن لا يستحق أكثر من ذلك؛ لأنه إنما يستحق قيمة الجاني عليه هنا مكاتب لا قن.

قال: (وإن أعتقه السيد فعليه الفداء. والواجب في الفداء أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته . وقيل: يلزمه فداؤه بأرش الجناية كاملة).

أما كون السيد عليه فداء الجاني إذا أعتقه ؛ فلأنه فوّت تسليم الرقبة إلى المجني عليه. فكان عليه فداؤه؛ كما لو قتله.

وأما كون الواجب في الفداء أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته على المذهب ؛ فلأن الأقل إن كان القيمة فهو لا يستحق إلا الرقبة والقيمة بدل عنها؛ لأن حقه في المالية لا في العين. وإن كان الأقل أرش الجناية فهو لا يستحق أكثر منه؛ لأن الإنسان لا يستحق أكثر مما جني عليه.

وأما كونه يلزمه فداؤه بأرش الجناية كاملة على قول ؛ فلأنه تعذر تسليمه إلى المجني عليه من جهته. أشبه ما لو جنى عبده غير الجاني وامتنع من تسليمه.

---

(١) في أ: لذلك، ولعل الصواب ما أثبتناه.

قال: (وإن لزمته ديون تعلّقت بذمته يُتبع بها بعد العتق).

أما كون ديون المكاتب تتعلق بذمته لا برقبته ؛ فلأن حال الاستدانة كان حكمه حكم الأحرار، وديون الأحرار متعلقة بذمتهم لا برقبتهم.

وأما كونه يُتبع بها بعد العتق إذا عجز عنها ؛ فلأن ذلك حال يساره.

فصل [الكتابة عقد لازم]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (والكتابة عقدٌ لازمٌ من الطرفين لا يدخلها خيار ولا يملك أحدهما فسخها ، ولا يجوز تعليقها على شرط مستقبل . ولا تنفسخ بموت السيد ولا جنونه ولا الحجر عليه . ويعتق بالأداء إلى سيده أو مَن يقوم مقامه من الورثة أو غيرهم).

أما كون الكتابة عقداً لازماً من الطرفين ؛ فلأنها بيعٌ والبيع من العقود اللازمة.

وأما كون الخيار لا يدخلها ؛ فلأن السيد دخل على أن الحظ للمكاتب والخيار إنما يثبت لاستدراك الغبن. فإذا كان أصلها لمصلحة المكاتب لم يشرع الخيار؛ لمناقضة الأصل.

وأما كون أحدهما لا يملك فسخها ؛ فلأن ذلك شأن العقود اللازمة.

وأما كونها لا يجوز تعليقها على شرطٍ مستقبل ؛ فلأنها عقد معاوضة. فلم يجز تعليقه على شرط؛ كالبيع.

وأما كونها لا تنفسخ بموت السيد ولا جنونه ولا الحجر عليه ؛ فلأنها عقد لازم. فلم تنفسخ بشيء من ذلك؛ كالبيع والإجارة.

وأما كون المكاتب يعتق بالأداء إلى سيده أو مَن يقوم مقامه من الورثة أو غيرهم ؛ فلأن الكتابة موضوعها العتق بتقدير الأداء. فإذا وجد وجب أن يترتب عليه ما يقتضيه.

قال: (فإن حلّ نجم فلم يؤده فللسيد الفسخ . وعنه: لا يعجز حتى يحلّ نجمان . وعنه: لا يعجز حتى يقول : قد عجزت).

أما كون السيد له فسخ الكتابة إذا حلّ نجم على المكاتب فلم يؤده على المذهب ؛ فلأنه حق له. فكان له الفسخ بالعجز؛ كما لو أعسر المشتري ببعض ثمن المبيع قبل قبضه.

وأما كونه لا يُعَجّز حتى يحلّ نجمان على روايةٍ ؛ فلما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: « لا يردّ المكاتب في الرق حتى يتوالى عليه نجمان »[1].

ولأنه عقد اعتبر فيه التنجيم؛ لإرفاق العبد . فيعتبر فيه ما هو أرفق له.

وأما كونه لا يُعَجّز حتى يقول: قد عجزت ؛ فلأن فوات العوض لا يتحقق إلا بذلك.

قال: (وليس للعبد فسخها بحال . وعنه: له ذلك).

أما كون العبد المكاتب ليس له فسخ الكتابة بحال على المذهب ؛ فلأن الكتابة سبب الحرية، وفيها حق لله تعالى، وفي فسخها إبطال لذلك الحق.

وأما كونه له ذلك على روايةٍ ؛ فلأن معظم مقصودها له . فإذا رضي بإسقاط حقه سقط.

قال: (ولو زوّج ابنته من مكاتبه ثم مات انفسخ النكاح . ويحتمل أن لا ينفسخ حتى يعجز).

أما كون النكاح المذكور ينفسخ على المذهب ؛ فلأن زوجته تملكه أو تملك سهماً منه. فانفسخ نكاحها؛ كما لو اشترته أو اشترت سهماً منه.

ولا بد أن يلحظ في هذه المسألة أشياء:

أحدها: أن الحرية ليست من شروط صحة النكاح.

وثانيها: أن يزوجها بإذنها.

وثالثها: أن تكون وارثه . فلو كان بينهما اختلافُ دين، أو كانت قاتلة فالنكاح بحاله؛ لأنها ما ملكته ولا شيئاً منه.

وأما كونه يحتمل أن لا ينفسخ حتى يعجز ؛ فلأنها لا ترثه. وإنما يملك نصيبها من الدين الذي في ذمته. بدليل أن الوارث إذا أبرأ المكاتب عتق وكان الولاء للميت، ولو ملكه كان الولاء له.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٢١٤٠٦) ٤: ٣٩٩ كتاب البيوع والأقضية، من رد المكاتب إذا عجز. ولفظه: عن علي قال: « إذا تتابع على المكاتب نجمان فدخل في السنة فلم يؤد نجومه رد في الرق ».

والصحيح الأول؛ لأن المكاتب ملك للسيد لا يعتق بموته. فوجب أن ينتقل إلى ورثته؛ كسائر أملاكه.

ولأنه لا يجوز لها أن تبتدئ نكاحه ، ولو لم تملكه جاز لها ذلك. وإنما كان الولاء للميت؛ لأنه وجد منه سبب العتق فنسب إليه.

قال: (ويجب على سيده أن يؤتيه ربع مال الكتابة : إن شاء وضعه عنه ، وإن شاء قبضه ودفعه إليه. فإن أدى ثلاثة أرباع المال وعجز عن الربع عتق. ولم تنفسخ الكتابة في قول القاضي وأصحابه . وظاهر قول الخرقي: أنه لا يعتق حتى يؤدي جميع الكتابة).

أما كون سيد المكاتب يجب عليه أن يؤتيه ربع مال الكتابة ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾ [النور:٣٣] . أمر والأمر للوجوب . قال علي رضي الله عنه في تفسيرها: « ضعوا عنهم ربع مال الكتابة »[1].

وأما كونه إن شاء وضعه عنه وإن شاء قبضه منه ثم دفعه إليه ؛ فلأن الغرض التخفيف عن المكاتب، وذلك حاصل بكل واحدٍ منهما.

وأما كون المكاتب إذا أدى ثلاثة أرباع المال وعجز عن الربع يعتق ولا تنفسخ الكتابة في قول القاضي وأصحابه ؛ فلأنه عجز عما يجب دفعه إليه. فوجب أن يعتق وأن لا تنفسخ الكتابة؛ كما لو لم يبق عليه شيء أصلاً.

ولأنه عجز عن حقٍّ له. فلم تتوقف حريته على أدائه؛ كأرش جناية سيده عليه.

(١) أخرجه النسائي في السنن الكبرى (٥٠٣٤-٥٠٣٨) ٣: ١٩٨-١٩٩ كتاب العتق، باب تأويل قول الله جل ثناؤه: ﴿وآتوهم من مال الله الذي آتاكم﴾.

وأما كونه لا يعتق حتى يؤدي جميع مال الكتابة في ظاهر قول الخرقي؛ فلقوله عليه السلام: « المكاتب عبدٌ ما بقي عليه درهم »[1].

(١) سبق تخريجه ص: ٤٨٩.

فصل [إذا كاتب عبيداً كتابة واحدة]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**وإذا كاتب عبيداً له كتابةً واحدةً بعوض واحد: صح، ويقسط العوض بينهم على قدر قيمتهم. ويكون كل واحد منهم مكاتباً بقدر حصته يعتق بأدائها ويعجز بالعجز عنها وحده. وقال أبو بكر: العوض بينهم على عددهم. ولا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة. وإن اختلفوا بعد الأداء في قدر ما أدى كل واحد منهم فالقول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه**).

أما كون من كاتب عبيداً له بعوض واحد يصح ؛ فلأن الكتابة بيع. فصح عقدها على جماعة جملة واحدة بعوضٍ واحد؛ كالبيع.

وأما كون العوض يُقَسَّط بينهم علًى قدر قيمتهم على المذهب ؛ فلأن البيع إذا تناول جماعة وجب تقسيط العوض بينهم كذلك . فكذلك الكتابة.

وأما كون كل واحدٍ منهم يكون مكاتباً بقدر حصته يعتق بأدائها ويعجز بالعجز عنها وحده على ذلك ؛ فلأن الحصة بمنزلة القِنّ المنفرد.

وأما كون العوض على عددهم على قول أبي بكر ؛ فلأنه أضافه إليهم إضافةً واحدة . فكان بينهم بالسواء؛ كما لو أقر لهم بشيء.

وأما كونه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة ؛ فلأن الكتابة مقدر فيها قول السيد: متى أديتم فأنتم أحرار . ولو صرح بذلك لم يعتق واحد حتى يوجد الأداء من الكل.

قال المصنف في المغني: الأول أصح؛ لما تقدم. وما ذكر منتقض بتقسيط العوض بالقيمة فيما لو اشترى شقصاً وسيفاً بثمن واحد. وبهذا فارق الإقرار؛ لأنه ليس عوضاً.

وأما كون القول قول من يدعي أداء قدر الواجب عليه إذا اختلفوا بعد الأداء في قدر ما أدى كل واحدٍ منهم ؛ فلأن الظاهر من حاله أداء ما وجب عليه . فوجب قبول قوله فيه؛ لاعتضاده بالظاهر.

قال: (ويجوز أن يكاتب بعض عبده . فإذا أدّى عتق كله).

أما كون السيد يجوز أن يكاتب بعض عبده ؛ فلأنه يجوز له أن يبيع بعضه . فكذلك كتابته.

وأما كون من كوتب بعضه فيما ذكر إذا أدى يعتق كله ؛ فلأنه عتق بعضه بالكتابة. فوجب أن يعتق كله؛ كما لو بوشر بعضه بالعتق.

قال: (ويجوز كتابة حصته من العبد المشترك بغير إذن شريكه. فإن أدى ما كوتب عليه ومثله لسيده الآخر عتق كله إن كان الذي كاتبه موسراً وعليه قيمة حصة شريكه. وإن أعتق الشريك قبل أدائه عتق عليه كله إن كان موسراً وعليه قيمة نصيب المكاتب . وقال القاضي: لا يسري إلى النصف المكاتب إلا أن يعجز فيقوم عليه حينئذ).

أما كون كتابة الإنسان حصته من عبده المشترك بغير إذن شريكه يجوز ؛ فلأن الكتابة عقد معاوضة. فجازت بغير إذن الشريك؛ كالبيع.

وأما كون المكاتب المذكور إذا[1] أدى ما كوتب عليه ومثله لمالك بعضه الآخر يعتق كله إن كان الذي كاتبه موسراً ؛ فلأن بعضه يعتق بأداء الكتابة. فيسري إلى نصيب الشريك؛ كما لو باشر نصيبه بالعتق.

وأما كون المكاتب عليه قيمة حصة شريكه ؛ فلأنه فوّت الحصة على مالكها لإتلافها بالعتق. أشبه ما لو قتله.

وأما كون الشريك إذا أعتق نصيبه قبل أداء المكاتب يعتق عليه كله على المذهب إن كان موسراً ؛ فلأن نصيبه عتق بالمباشرة . فسرى إلى نصيب شريكه ؛ لكون المكاتب عبداً ما بقي عليه درهم.

---

(١) في أ زيادة: ما.

ولأن الشريك لو أعتق شقصاً من عبد غيره[1] لعتق عليه . فكذلك المكاتب .

واشترط المصنف رحمه الله تعالى في عتق كله: كون المعتق موسراً؛ لأن عتق المعسر لا يسري؛ لما فيه من الضرر اللاحق لشريكه من فوات ملكه، وعدم عوضه.

وأما كونه عليه قيمة نصيب المكاتب إذا سرى العتق إليه ؛ فلأنه فوّت عليه ملكه بالعتق. فوجب عليه ضمانه؛ كما لو قتله.

وفي كلام المصنف إشعارٌ بأنه يجب عليه قيمة حصة شريكه مكاتباً وهو صحيح؛ لأنه إنما تجب عليه قيمة ما أتلف، وإنما أتلف مكاتباً.

وأما كون العتق المذكور لا يسري إلى النصف المكاتب على قول القاضي إذا لم يعجز المكاتب ؛ فلأن سراية العتق يفضي إلى إبطال الولاء، ونقله عن سيده الذي كاتبه بعد انعقاد سببه في حقه.

وأما كونه يقوم على المعتق إذا عجز ؛ فلأنه عاد قناً فلا يفضي إلى المحذور المذكور.

قال: (وإن كاتبا عبدهما جاز. سواء كان على التساوي أو التفاضل . ولا يجوز أن يؤديَ إليهما إلا على التساوي).

أما كون السيدين إذا كاتبا عبدهما يجوز . تساوى العوض أو تفاضل ؛ فلأن الكتابة عقد معاوضة. فجاز من الشريكين متساوياً ومتفاضلاً؛ كالبيع.

وأما كون المكاتب لا يجوز أن يؤدي إليهما إلا على التساوي ؛ فلأنهما سواء في الملك. فيجب استواؤهما في الأداء.

ولأنه ربما عجز فيصير رقيقاً، ويتساويان في كسبه . فيرجع أحدهما على صاحبه بما في يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة.

---

(١) في أ زيادة: مكاتب

قال: (فإذا كمل أداؤه إلى أحدهما قبل الآخر عتق كله عليه. وإن أدى إلى أحدهما دون صاحبه لم يعتق. إلا أن يكون بإذن الآخر فيعتق. ويحتمل أن لا يعتق).

أما كون من كمل الأداء إليه قبل الآخر يعتق كله عليه ؛ فلأن نصيبه يعتق بالأداء. فيسري إلى نصيب شريكه.

وأما كون من أدّى إلى أحدهما دون صاحبه بغير إذنه لا يعتق ؛ فلأن العتق لا يحصل بأداء مال الغير.

وأما كون من أدّى بإذن الآخر يعتق على المذهب ؛ فلأن المكاتب محجور عليه لحق سيده. فإذا أذن له صح الأداء، وإذا صح الأداء وقع العتق؛ لحصول الأداء الصحيح.

وأما كونه يحتمل أن لا يعتق ؛ فلأن حق السيد في ذمة المكاتب، وما في يد المكاتب ملك له. فإذا أذن السيد فيه لا ينفذ؛ كما لو لم يأذن.

والأول أولى ؛ لأن ما ذكر ثانياً يبطل بما إذا أذن له في التبرع.

فصل [إذا اختلفا في الكتابة]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**وإن اختلفا في الكتابة فالقول قول من ينكرها. وإن اختلفا في قدر عوضها فالقول قول السيد في أحد الروايتين. وإن اختلفا في وفاء مالها فالقول قول السيد. فإن أقام العبد شاهداً وحلف معه، أو شاهداً وامرأتين: ثبت الأداء وعتق**).

أما كون القول قول من ينكر الكتابة إذا اختلفا فيها ؛ فلأن القول قول المنكر في البيع والإجارة وسائر العقود . فكذلك هاهنا.

وأما كون القول قول السيد إذا اختلفا في قدر عوضها في رواية ؛ فلأنه اختلاف في الكتابة. فكان القول قول السيد؛ كما لو اختلفا في أصل الكتابة.

وأما كون السيد والمكاتب يتحالفان ويترادّان عقد الكتابة في رواية ؛ فلأنهما اختلفا في عوض المبيع.

وذكر المصنف رحمه الله تعالى في المغني رواية ثالثة: أن القول قول المكاتب؛ لأنه منكرٌ للزيادة، والقول قول المنكر.

ولأنه مدعى عليه فيدخل في عموم قوله عليه السلام: « البينةُ على المُدّعِي، واليمينُ على المدّعَى عليه »[1].

والأول المذهب . قاله القاضي.

والفرق بين الكتابة وبين البيع: أن الأصل عدم ملك كل واحدٍ من المتعاقدين للعوض الذي بذله صاحبه. وفي الكتابة الأصل: أن السيد مالك لعبده وكسبه، والعوض من كسبه. فإذا كان الأصل أنه ملكه كان القول قوله فيه.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١٣٤١) ٣: ٦٢٦ كتاب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه.

ولأن الحاصل بأيمانهما في الكتابة كالحاصل بيمين السيد بمفردها[1]؛ لأنهما إذا تحالفا فسخا الكتابة وعاد العبد رقيقاً للسيد وأخذ كسبه. وإذا حلف السيد وحده وقلنا أن قوله مقدم فغاية ما فيه أن يعجز العبد نفسه ويفسخ السيد، وإنكار المكاتب الزائد معارض بإنكار السيد المعاوضة إلا بذلك.

وأما كون القول قول السيد إذا اختلفا في وفاء مال الكتابة ؛ فلأنه منكر للوفاء، والقول قول المنكر.

وأما كون الأداء يثبت إذا أقام العبد شاهداً وحلف معه، أو شاهداً وامرأتين ؛ فلأن ذلك من قبيل الأموال، والشاهد واليمين والرجل والمرأتان مقبول في ذلك.

وأما كون العبد يعتق ؛ فلأن الأداء إذا ثبت عتق المكاتب لتلازمهما.

(١) في أ: بمقرها، ولعل الصواب ما أثبتناه.

فصل [في الكتابة الفاسدة]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**والكتابة الفاسدة مثل أن يكاتبه على خمر، أو خنزير يغلب فيها حكم الصفة في أنه إذا أدى عتق فلا يعتق بالإبراء**).

أما كون الكتابة بما ذكر فاسدة ؛ فلأنها عقد معاوضة. ففسدت بما ذكر؛ كالبيع.

وأما كون الكتابة الفاسدة يغلب فيها حكم الصفة ؛ فلأن الكتابة تتضمن أمرين:

أحدهما: المعاوضة.

والثاني: الصفة . وهي أن تقول: إذا أديت فأنت حر. فإذا لم تصح المعاوضة بقيت الصفة. فيجب أن يعتق إذا أدى فيها ؛ لوجود الصفة.

وقال المصنف في المغني: قال أحمد: إذا كاتب كتابة فاسدة. فأدى: عتق ما لم تكن الكتابة محرمة .

وظاهره[1] أنه لا يعتق بالأداء فيها. وجُمع بينهما: بأن العتق محمول على كتابة فيها صفة، والقول بعدم العتق محمول على كتابة ليس فيها صفة.

وأما كونه لا يعتق فيها بالإبراء ؛ فلأن المال غير ثابت في العقد . بخلاف الكتابة الصحيحة.

قال: (**وتنفسخ بموت السيد وجنونه والحجر للسفه. ولكل واحد منهما فسخها**).

أما كون الكتابة المذكورة تنفسخ بما ذكر على المذهب ؛ فلأن الكتابة الفاسدة عقدٌ جائز من الطرفين لا تؤول إلى اللزوم. فانفسخت بما ذكر؛ كالوكالة.

---

(١) في أ: وظاهر، ولعل الصواب ما أثبتناه.

فعلى هذا إذا مات وأدّى إلى الورثة لم يعتق؛ لأن المعاوضة انفسخت، والصفة بطلت بالموت.

وأما كون كل واحدٍ منهما له فسخها ؛ فلأنها ليست بعقد صحيح حتى تكون كإرثه.

فإن قيل: أن يملك السيد فسخها إذا كان فيها صفة ؛ كقوله: إن أديت كذا فأنت حر.

قيل: لأن المقصود المعاوضة، والصفة مبنية عليها . بخلاف الصفة المجردة.

قال: (ويملك السيد أخذَ ما في يده . وإن فضل عن الأداء فضلٌ [فهو لسيده).

أما كون السيد يأخذ ما في يده ؛ فلأن كسب العبد لسيده بحكم الأصل ، والعقد هاهنا فاسد .

وأما كون ما فضل[(1)] عن الأداء لسيده ؛ فلأنه عتق بالصفة لا بالمعاوضة ، وما فضل في يده بعد الأداء يكون للسيد ؛ لبقائه على ملكه.

وقال المصنف في المغني: ما فضل في يده له ؛ لأنه عقد كتابة يحصل فيه المعقود عليه وهو العتق . فكان الفضل له ؛ كالصحيح.

قال: (وهل يتبع المكاتبة ولدها فيها ؟ على وجهين).

أما كون ولد المكاتبة يتبعها في الكتابة الفاسدة على وجه؛ فبالقياس على الصحيحة.

ولأن المعلق عتقها على صفة يتبعها ولدها . فكذلك هاهنا.

وأما كونه لا يتبعها على وجه ؛ فلأن تبع الولد في الصحيحة إنما كان بحكم العقد . وهذا المعنى مفقود هاهنا، وولد المعلق عتقها بصفة فيه منع؛ لأنه لا يتبعها على وجه.

---

(١) ساقط من أ ، وما أثبتناه من الشرح الكبير ١٢: ٤٨٤.

قال: (وقال أبو بكر: لا تنفسخ بالموت ولا الجنون ولا الحجر. ويعتق بالأداء إلى الوارث).

أما كون الكتابة المذكورة لا تنفسخ بما ذكر على قول أبي بكر؛ فلأن الفاسدة كالصحيحة في وقوع العتق وفي تبعية الولد وذوي الرحم. فكذلك في الفسخ.

ولأن للشرع تشوف إلى العتق. وما ذكر وسيلة إلى العتق. فوجب الحكم به؛ تحصيلاً للمطلوب الشرعي.

وأما كون المكاتب فيها يعتق بالأداء إلى الوارث على قوله؛ فلما تقدم من تشوف الشرع إلى العتق.

ولأن الفاسدة كالصحيحة فيما تقدم. فكذا في العتق.

باب أحكام أمهات الأولاد

أمهات الأولاد: جمع أم ولد. وهي الأَمَة التي ولدت من سيدها في ملكه .

والأصل في إباحة وطئهن قوله تعالى: ﴿والذين هم لفروجهم حافظون ۞ إلا على أزواجهم أو ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾ [المؤمنون:٥-٦].

ولأن النبي ﷺ كان له أم ولدٍ وهي مارية القبطية أمّ إبراهيم ابن النبي ﷺ.

وكان علي بن الحسين والقاسم بن محمد بن أبي بكر وسالم بن عبدالله بن عمر أمهاتهم أمهات أولاد.

ويروى أن الناس رغبوا في اتخاذ أمهات الأولاد حين رأَوا هؤلاء الأئمة من أمهات الأولاد.

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وإذا علقت الأمة من سيدها فوضعت منه ما يتبين فيه خلق الإنسان صارت له بذلك أم ولد. فإذا مات عتقت وإن لم يملك غيرها . وإن وضعت جسماً لا تخطيط فيه فعلى روايتين).

أما كون الأمة تصير أم ولدٍ لسيدها إذا علقت منه فوضعت ما يتبين فيه خلق الإنسان ؛ فلأنه إذا تبين فيه ذلك علم أنه ولد . فيلزم صيرورتها أم ولد.

وأما كونها تعتق بموته ؛ فلأن ابن عباس قال: « قال رسول الله ﷺ لرجل ولدت منه أمته: فهي معتَقَةٌ عن دبرٍ منه »[١].

وعنه قال: « ذُكرتْ أمُّ إبراهيمَ عندَ رسولِ الله ﷺ فقال: أعتَقَها وَلَدُها »[٢]. أخرجهما ابن ماجة.

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥١٥) ٢: ٨٤١ كتاب العتق، باب أمهات الأولاد.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٩٣٩) ١: ٣٢٠.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥١٦) ٢: ٨٤١ كتاب العتق، باب أمهات الأولاد.
وأخرجه الدارقطني في سننه (٢٢) ٤: ١٣١ كتاب المكاتب.

وأما كونها تعتق وإن لم يملك غيرها ؛ فلأنها تعتق من رأس المال؛ لأن ذلك إتلاف حصل بسبب حاجة أصلية . فكان من رأس المال. أشبه ما لو أتلفه في أكل ونحوه.

وأما كونها تصير أم ولدٍ إذا وضعت جسماً لا تخطيط فيه على رواية ؛ فلأنها ولدت مبتدأ آدمي. أشبه ما لو تخطط.

وأما كونها لا تصير أم ولدٍ على روايةٍ فإن ذلك لا يسمى ولداً ، وعتقها منه على صيرورتها أم ولد .

ويشترط في الخلاف المذكور: أن يشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي؛ لأنها إذا وضعت نطفة أو علقة لم تصر أم ولدٍ وفاقاً.

قال: **(وإن أصابها في ملك غيره بنكاح أو غيره ثم ملكها حاملاً عتق الجنين ولم تصر أم ولد . وعنه: تصير)**.

أما كون الجنين المذكور يعتق ؛ فلأنه ابنه وقد دخل في ملكه.

وأما كون أمه لا تصير أم ولد على المذهب ؛ فلأنها لم تعلق في ملكه. أشبه ما لو اشتراها بعد الوضع.

وأما كونها تصير على رواية ؛ فلأن لحرية البعض أثر في تحرير الجميع. بدليل ما لو أعتق بعضها. والحمل له حكم البعضية. بدليل ما لو أعتقها . فإن الحمل يدخل فيه.

قال: **(وأحكام أم الولد أحكام الأمة: في الإجارة، والاستخدام، والوطء، وسائر أمورها. لا فيما ينقل الملك في رقبتها؛ كالبيع والهبة والوقف، أو ما يراد له؛ كالرهن . وعنه: ما يدل على جواز بيعها مع الكراهة، ولا عمل عليه)**.

أما كون أحكام أم الولد أحكام الأمة في غير ما ينقل الملك في رقبتها وما يراد له ؛ فلأنها مملوكة. أشبهت الأمة.

فعلى هذا يجوز إجارتها؛ كالأمة، أو يقال: مملوكة ينتفع بها. فجازت إجارتها؛ كالمدبرة، أو يقال: عتقها معلق بالموت. أشبهت المدبرة .

ويجوز استخدامها؛ كالأب.

ولأنها إذا جاز إجارتها فلأن يجوز استخدامها بطريق الأولى .

ويجوز وطؤها؛ كالأمة.

ولأن الوطء نوع نفع. أشبه الاستخدام.

ولأنها داخلة في قوله تعالى: ﴿إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم﴾ [المؤمنون:٦].

ويجوز ما عدا ذلك مما لا ينقل الملك ولا يراد له؛ لأن ذلك لا ينافي انعقاد سبب الحرية فيها.

وأما كون أحكامها فيما ينقل الملك؛ كالبيع والهبة والوقف، وما يراد له؛ كالرهن يخالف أحكام الأمة ؛ فلأن ذلك ينافي انعقاد سبب الحرية ويبطله.

فعلى هذا لا يجوز بيعها؛ لما روي « أن رجلاً باع أم ولده. فذكر ذلك لعمر بن الخطاب فقال: أبعْدَما اختلط دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن: بعتموهن. اردDها »[1].

وعن عبيدة قال: « خطب عليّ الناس . فقال: شاورني عمر في أمهات الأولاد أن أعتقهن فقضى بها عمر حياته وعثمان حياته فلما ولّيت رأيت أن أرقهن. فقال عبيدة: رأي عمر وعلي في الجماعة أحب إلينا من رأي علي وحده »[2].

وعن الإمام أحمد: أنه يجوز مع الكراهة: أما الجواز؛ فلقول علي وفعله.

وعن جابر: « بِعْنَا أمهاتِ الأولادِ على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكرٍ. فلما كان عمرُ نَهانَا فانتهَيْنَا »[3]. رواه أبو داود.

وأما الكراهة؛ فللاختلاف في ذلك.

والأولى الصحيحة؛ لما ذكر، ولما تقدم من قوله عليه السلام: « أيما أمةٍ ولدت من سيدها فهي حرةٌ عن دبر »[4] ، وقول ابن عباس: « ذُكرت أم إبراهيمَ عند رسول الله ﷺ فقال: أَعتقَها ولَدُها »[1] .

---

(١) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١٣٢٤٨) ٧: ٢٩٦ كتاب الطلاق ، باب ما يعتقها السقط.

وأخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٠٤٩) ٢: ٦١ كتاب الطلاق ، باب ما جاء في أمهات الأولاد.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ١٠: ٣٤٣ كتاب عتق أمهات الأولاد، باب الرجل يطأ أمته بالملك فتلد له.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٥٤) ٤: ٢٧ كتاب العتق، باب في عتق أمهات الأولاد.

(٤) سبق تخريجه ص: ٥٢٠.

فلا يجوز هبتها ولا وقفها؛ لأنهما يزيلان الملك. أشبه بالبيع. ولا يجوز الرهن؛ لأن المقصود به البيع عند تعذر الاستيفاء. فلم يجز؛ لمناقضته الأصل.

قال: (ثم إن ولدت من غير سيدها فلولدها حكمها من العتق بموت سيدها سواء عتقت أو ماتت قبله).

أما كون حكم ولد أم الولد من غير سيدها حكمها في العتق ؛ فلأن الولد تبع لأمه في الرق والحرية. فليتبعها في سبب الحرية.

وأما كون حكم الولد كذلك سواء عتقت الأم أو ماتت قبل موت السيد ؛ فلأن سبب الحرية قد انعقد وهو شبيه بنفس العتق. فكما لا يرتفع العتق بعد وقوعه فكذلك لا يرتفع السبب بعد وقوعه.

فإن قيل: ولد المكاتبة يتبعها في الكتابة فإذا بطلت الكتابة في الأم بطلت في الولد.

قيل[2]: لأن سبب العتق فيهما : إما الأداء في العقد ، أو وجود الصفة . وببطلان الكتابة تعذر كل واحدٍ منهما. بخلاف أم الولد فإن السبب موت السيد، ولا يتعذر ذلك بموت الأم.

قال: (وإن مات سيدها وهي حامل منه فهل تستحق النفقة لمدة حملها ؟ على روايتين).

أما كون من ذكرت تستحق النفقة على روايةٍ ؛ فلأنه لو أعتقها وهي حاملٌ استحقت النفقة. فكذا إذا عتقت بموته.

وأما كونها لا تستحقها على رواية ؛ فلأن زوجته لو مات عنها حاملاً لم يكن لها عليه نفقة. فكذلك أم الولد.

⇨

(١) سبق تخريجه ص: ٥٢٠.

(٢) زيادة يقتضيها السياق.

قال: (وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها . وعنه: عليه فداؤها بأرش الجناية كله. وإن عادت فجنت فداها أيضاً . وعنه: يتعلق ذلك بذمتها).

أما كون السيد يفدي أم الولد إذا جنت ؛ فلأنها امتنع بيعها بسببه فيلزمه فداؤها؛ كما لو منع بيع الجانية غير أم الولد.

وأما كونه يفديها بقيمتها إذا ساوت أرش الجناية أو نقصت عنه أو دونها إن لم يكن كذلك على المذهب؛ فلما تقدم ذكره في سيد الجاني.

وأما كونه عليه فداؤها بأرش الجناية كله على رواية؛ فلما تقدم فيه أيضاً.

قال المصنف رحمه الله في المغني: لا يفدى بأرش الجناية بالغاً ما بلغ؛ لأنه لا يملك[1] تسليمها للبيع. بخلاف القن.

وأما كونه يفديها أيضاً إذا عادت فجنت على المذهب ؛ فلأنها جناية. أشبهت الأول.

وأما كون ذلك يتعلق بذمتها على روايةٍ ؛ فلأن تكرر الفداء على السيد مع منعه من بيعها يضرّ به. فوجب تعليقه بذمتها.

قال: (وإن قتلت سيدها عمداً فعليها القصاص. وإن عفوا على مال، أو كانت الجناية خطأ: فعليها قيمة نفسها، وتَعتق في الموضعين).

أما كون أم الولد إذا قتلت سيدها عمداً عليها القصاص ؛ فلأنها دونه أو مثله، وفي القصاص مصلحة للزجر عن تعاطي قبيح القتل.

وأما كونها عليها قيمة نفسها إذا عفا مستحق القصاص على مال ، أو كانت الجناية خطأ ؛ فلأن اعتبار الجناية في حق الجاني بحال الحياة. بدليل ما لو جنى عبد فأعتقه سيده. وهي في حال الجناية أمة فإنها إنما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يُفدى العبد الجاني بقيمته.

وقال المصنف في المغني: ويجب أن يقال: إذا كانت الدية أقل من القيمة أن تجب الدية؛ لأنه لا يلزم الجاني أكثر من أرش جنايته.

---

(١) في أ: يملكها، ولعل الصواب ما أثبتناه.

وأما كونها تعتق في الموضعين -أي: في الجناية العمد والخطأ-؛ فلأنها لا ينتقل الملك فيها، وقد زال ملك سيدها عنها بموته.

قال: (ولا حد على قاذفها . وعنه: عليه الحد).

أما كون أم الولد لا حد على قاذفها على روايةٍ ؛ فلأنها أمة حكمها حكم الإماء في أكثر الأحكام. فوجب أن يلحق القذف بها بالأمة بل أولى؛ لأن الحد على روايةٍ يحتاط لإسقاطه، ويدرأ بالشبهات.

وأما كونه عليه الحد ؛ فلأنه يروى عن عمر.

ولأن لها معنى مَنَع بيعها وإرثها. أشبهت الحرة.

قال المصنف في المغني: والأول أصح.

فصل [إذا أسلمت أم ولد الكافر]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (إذا أسلمت أم ولد الكافر أو مدبرته منع من غشيانها، وحيل بينه وبينها، وأجبر على نفقتها إن لم يكن لها كسب. فإن أسلم حلت له، وإن مات قبل ذلك عتقت . وعنه: أنها تستسعي في حياته وتعتق).

أما كون الكافر يمنع من غشيان أم ولده ومدبرته إذا أسلمت. والمراد بها: وطئها ؛ فلأن وطء المشرك للمسلمة لا يجوز.

وأما كونه يحال بينه وبينها؛ فلئلا يتلذذ بها ويخلو؛ لأن ذلك مفضٍ إلى الوطء المحرم.

وأما كونه مجبر على نفقتها ؛ فلأنه مالك لها .

وفيه إشعار بجواز إبقاء ملكه عليها وهو صحيح على المذهب؛ لأنه لم يوجد سببٌ يوجب زوال ذلك فوجب إبقاؤها على ما كانت عليه .

وعن الإمام أحمد: أنها تستسعي في حياته؛ لأنه لا سبيل إلى بيعها، ولا إلى إقرار الملك عليها؛ لما فيه من إثبات ملك الكافر على المسلمة، ولا إلى عتقها مكاناً؛ لما فيه من الضرر فوجب الاستسعاء؛ لأن فيه جمعاً بين الحقين.

فعلى هذا إذا أدّت عتقت.

والأول أصح؛ لما ذكرت؛ لأن في الاستسعاء إلزاماً لها الكسب بغير رضاها، وإلزاماً له في خروجها عن ملكه .

واشترط المصنف رحمه الله تعالى في وجوب النفقة: أن لا يكون لها كسب؛ لأنها إذا كان لها كسب وجبت فيه. فلا حاجة إلى إيجابها عليه.

فإن قيل: الكلام في أم الولد والمدبرة ، وأم الولد لا يجوز بيعها بخلاف المدبرة.

قيل: في بيع المدبرة خلاف . فإن قيل بجوازه كان حكمها حكم القن ، وإن قيل بعدم جوازه ساوت أم الولد. وعليه يحمل كلام المصنف رحمه الله تعالى.

وأما كونها تحل له إذا أسلم ؛ فلأن المانع كفره وقد زال. فوجب حل الوطء؛ لدخولها في قوله تعالى: ﴿أو ما ملكت أيمانهم﴾ [المؤمنون:٦] السالم عن معارضة الكفر.

وأما كونها تعتق بموته ؛ فلأنها أم ولده واستيلاده لها صحيح؛ كما لو أعتقها. فوجب عتقها؛ كالمسلم.

قال: (وإذا وطئ أحد الشريكين الجارية فأولدها صارت أم ولد له، وولده حر، وعليه قيمة نصيب شريكه. وإن كان معسراً كان في ذمته).

أما كون الجارية المشتركة تصير أم ولدٍ بوطء أحد الشريكين ؛ فلأنه وطء في ملك له. أشبه ما لو كانت كلها له.

ولأن العتق يخرج ملك الغير فلأن يخرج بالاستيلاد بطريق الأولى.

وأما كون ولده حراً ؛ فلأنه وطء في محل له فيه ملك. أشبه ما لو وطئ زوجته في الحيض أو الإحرام.

وأما كون الواطئ عليه قيمة نصيب شريكه ؛ فلأنه أتلفه عليه . فإن كان موسراً وجب دفعه إلى شريكه ، وإن كان معسراً بقي في ذمته ؛ لأن الله تعالى أوجب إنظاره بقوله تعالى: ﴿وإن كان ذو عسرةٍ فنظرةٌ إلى ميسرة﴾ [البقرة:٢٨٠].

قال: (وإن وطئها بعد[1] ذلك فأولدها فعليه مهرها. وإن كان عالماً فولده رقيق).

أما كون الشريك الثاني عليه مهرها إذا وطئها بعد ما تقدم ؛ فلأنه وطئ أمة غيره؛ لأن نصيبه انتقل إلى الواطئ الأول بالاستيلاد.

وأما كون ولده رقيقاً إذا كان عالماً ؛ فلأن الوطء حرام، والولد تبع لأمه، وهي رقيقة . فوجب كونه رقيقاً.

قال: (وإن جهل إيلاد شريكه أو أنها صارت أم ولد له فولده حر، وعليه فداؤه يوم الولادة . ذكره الخرقي . وعند القاضي وأبي الخطاب: إن كان الأول معسراً لم يسر استيلاده. وتصير أم ولدٍ لهما يعتق نصفها بموت أحدهما. وإن

(١) في المقنع: وطئها الثاني بعد.

أعتق أحدهما نصيبه بعد ذلك وهو موسرٌ فهل يقوم عليه نصيب شريكه ؟ على وجهين).

أما كون ولد من جَهل إيلاد شريكه حراً ؛ فلأنه وطء شبهة.

وأما كونه عليه فداؤه ؛ فلأنه فوّت رقه على مالك الأمة.

وأما كون الفداء يوم الولادة ؛ فلأن قبل ذلك لا يمكن تقويمه.

وأما كون الأول لا يسري استيلاده فعلى قولهما يصير أم ولدٍ لهما؛ لأن كل واحدٍ قد أحبلها ويعتق نصفها بموت أحدهما؛ لأن ذلك نصيبه. وقد ثبت له حكم الاستيلاد، ويتكمل عتقها بموت الآخر كذلك. و لم يذكره المصنف رحمه الله تعالى؛ لظهوره.

وأما كون من أعتق نصيبه بعد ذلك وهو موسر يُقَوّم عليه نصيب شريكه على وجه. فكما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من الأمة القن.

وأما كونه لا يقوم عليه على وجهٍ ؛ فلأن التقويم في معنى البيع ، وبيع النصيب المذكور لا يجوز . فكذلك تقويمه.

والأول أصح؛ لأن حكم الاستيلاد أقوى من العتق. بدليل أنه يصح من المجنون بخلاف العتق . والله تعالى أعلم.

كتاب النكاح

النكاح في اللغة: الجمع . ومنه قولهم: أنكحنا الفرى فسنرى . أي جمعنا حمار الوحش وأمه[1] فسيرى ما يتولد منهما . يضرب مثلاً للأمر يجتمعون له ثم يفترقون عنه . ومنه قول الشاعر:

أنكحت ضم خفاها خف يَعْمَلَةٍ

أي جمعت بين خفيها[2] وبين خف الناقة .

ومنه قول الشاعر:

أيها المنكح الثُّرَيّا سُـــهيلاً عمرك الله كيف يلتقيان

أي فكيف يجتمعان .

وفي الشرع: هو العقد . وقيل: هو الوطء .

وقال القاضي: الأشبه بأصلنا أنه حقيقة فيهما ؛ لقولنا بتحريم موطوءة الأب بملك اليمين أو شبهه ؛ لدخوله في قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف﴾ [النساء:٢٢] .

والصحيح أنه العقد ؛ لأنه أشهر استعمالاً .

ولأنه يصح نفيه عن الوطء ؛ لأنه يقال في الزنا : سفاح . وليس بنكاح . ويروى عن النبي ﷺ: « وُلدتُ من نكاحٍ لا منْ سِفَاح »[3] .

ولأنه يقال في السُّرية : ليست بزوجة ولا منكوحة .

وهو مشروع بالكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾[النساء:٣] .

وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام: « يا معشرَ الشباب ! من استطاعَ منكمُ الباءَةَ فليتزوّج . . مختصر »[1] متفق عليه .

---

(١) في أ : ابنه .

(٢) في أ : خفاها . واليَعْمَلة : الناقة النجيبة المطبوعة على العمل . الصِّحاح ، مادة عمل .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٩٠ كتاب النكاح، باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم . ولفظه قوله ﷺ: « خرجت من نكاحٍ غير سفاح » .

وأما الإجماع فأجمع المسلمون في الجملة على مشروعيته .

قال المصنف رحمه الله تعالى: (النكاح سنة . والاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة ؛ إلا أن يخاف على نفسه مُواقعة المحظور بتركه فيجب عليه . وعنه : أنه واجب على الإطلاق) .

أما كون النكاح سنة إذا لم يخف على نفسه مواقعة المحظور على المذهب ؛ فلأن فعله راجح على تركه مع جواز تركه :

أما رجحان فعله ؛ فلأن الله ورسوله أمرا به . وأدنى أحوال الأمر رجحان الفعل .

ولأن في فعله خروجاً عن العهدة الآتي ذكرها بعد .

وأما جواز تركه ؛ فلأن الله تعالى علّقه بالاستطابة فقال: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء:٣] . والواجب لا يعلق على الاستطابة .

ولأن تكملة الآية: ﴿مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء:٣] . ولا خلاف في أنه لا يجب زيادة على واحدة .

وأما كون الاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة ؛ فلأن الله تعالى أمر به رسوله .

وقال عليه السلام: « ولكني أصومُ وأفطرُ ، وأصلِّي وأرْقُدُ ، وأتزوجُ النساء . فمن رغبَ عن سُنتي فليسَ مني »[٢] .

ولأن النبي ﷺ تزوج وبالغ في العدد . وفعل ذلك أصحابه . ولا يَشْتغل هو ولا أصحابه إلا بالأفضل .

⇨

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٧٨) ٥: ١٩٥٠ كتاب النكاح، باب قول النبي ﷺ: « من استطاع منكم الباءة فليتزوج . . » .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٠) ٢: ١٠١٨ كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه . .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٧٦) ٥: ١٩٤٩ كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠١) ٢: ١٠٢٠ كتاب النكاح، باب استحباب النكاح لمن تاقت نفسه إليه . .

وعن سعيد بن جبير قال: قال ابن عباس: « هل تزوَّجتَ ؟ قلتُ: لا . قال: فتزوّجْ . فإنّ خيرَ هذه الأمةِ أكثرُها نساءً »[1] . أخرجه البخاري .

ولأن مصالحه أكثر : فإنه يشتمل على إحراز الدين ، وتحصين المرأة ، وحفظها ، والقيام بواجبها ، وإيجاد النسل ، وتكثير الأمة ، وتحقيق مباهاة النبي ﷺ ، وغير ذلك من المصالح الراجح إحداها على العبادة . فمجموعها أولى .

فإن قيل: هل يدخل من لا شهوة له في الأصل ؛ كالعِنّين ، أو من خلقت له ثم ذهبت بكبر أو مرض ؟

قيل: فيه وجهان:

أحدهما: يستحب له النكاح . وهو ظاهر كلام المصنف .

وقال القاضي: هو ظاهر أحمد .

ووجه ذلك ما تقدم من العموم . وقد جاء: « من دعاك إلى غير التزويج فقد دعاك إلى غير أمر الإسلام » .

والثاني: المستحب لهذا التخلي لنوافل العبادة والاشتغال بشأنه ؛ لأنه لا يحصل مصالح النكاح ويعرض نفسه لواجبات وحقوق لعلّه لا يتمكن من أدائها مع عدم حاجته إلى سبب ذلك . ويمنع زوجته من التحصين بغيره ويشتغل عن العلم والعبادة بما لا فائدة فيه . والعمومات المتقدمة محمولة على من له شهوة لما فيها من القرائن الصارفة إليه .

وظاهر كلام أحمد أنه لا فرق بين القادر والعاجز « لأن النبي ﷺ كان يصبحُ وما عندهُم شيء ، ويمسي وما عندهُم شيء »[2] .

و « لأنه عليه السلام زوّج رجلاً لم يقدر على خاتم حديد ، ولا وجدَ إلا إزارَه و لم يكن له رِدَاء »[1] . أخرجه البخاري .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٨٢) ٥: ١٩٥١ كتاب النكاح، باب كثرة النساء .

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٤١٤٧) ٢: ١٣٨٩ كتاب الزهد، باب معيشة آل محمد ﷺ، ولفظه: عن أنس بن مالك قال: قال رسول الله ﷺ: « والذي نفسُ محمدٍ بيده ! ما أصبحَ عند آلِ محمدٍ صاعُ حبٍ ولا صاعُ تمر » . قال في الزوائد: إسناد صحيح و . رواه ابن حبان في صحيحه . قلت: وأصل الحديث . رواه البخاري في صحيحه في كتاب البيع .

ولأن الله هو الرزاق . وربما كان التزويج سبباً لغناه .

وأما كون من يخاف على نفسه مواقعة المحظور وهو الزنا بترك النكاح يجب عليه ؛ فلأن صون النفس عن الحرام واجب ، والنكاح طريق إليه . فيجب دفعا لذلك الحرام .

وأما كونه واجباً على الإطلاق على روايةٍ ؛ فلظاهر قوله تعالى: ﴿فانكحوا﴾ [النساء:٣] ، ولقوله ﷺ: « تناكَحُوا تناسَلُوا »[٢] .

والأول أصح ؛ لما تقدم . وما ذكر محمول على الندب ؛ لما تقدم .

قال: (ويستحب تخيُّر : ذات الدين ، الولود ، البكر ، الحسيبة ، الأجنبية) .

أما كون تخيّر ذات الدين يستحب ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « تُنكحُ المرأةُ : لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها[٣] . فاظفَرْ بذاتِ الدين . تَرِبَتْ يداك »[٤] متفق عليه .

وأما كون تخير الولود يستحب ؛ فـ « لأن النبي ﷺ قال لجابر: أتزوجتَ يا جابر ! قال: نعم . قال: بكرًا أم ثيبًا ؟ قال : قلتُ: بل ثيبًا . قال : فهلا أخذتَ بكرًا تُلاعِبُها وتُلاعِبُك »[٥] . متفق عليه .

وعنه ﷺ أنه قال: « عليكُمْ بالأبكَار . فإنهنّ أعذبُ أفْوَاهاً وأفتحُ أرْحَاماً »[١] . رواه أحمد .

⇨

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٢٩) ٥: ١٩٦٨ كتاب النكاح، باب عرض المرأة نفسها على الرجل الصالح .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٥) ٢: ١٠٤٠ كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن . .

(٢) ذكره القرطبي في الجامع لأحكام القرآن ٥: ٣٩١ .

(٣) زيادة من الحديث .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٠٢) ٥: ١٩٥٨ كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٦٦) ٢: ١٠٨٦ كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٩١) ٥: ١٩٥٤ كتاب النكاح، باب تزويج الثيبات .
وأخرجه مسلم في صحيحه (٧١٥) ٢: ١٠٨٧ كتاب النكاح، باب استحباب ذات الدين .

وفي روايةٍ: « وأَنْتَقُ أرْحَاماً وأرضَى باليسِير »[٢] .

وأما كون تخير الحسيبة يستحب ؛ فلما روت عائشة أن النبي ﷺ قال: « تخيّروا لنطَفِكُمْ . فانكِحُوا الأكْفَاءَ ، وأنكِحُوا إليهم »[٣] . رواه ابن ماجة .

ولأن ولد الحسيبة ربما أشبه أهلها ونزع إليهم . ويقال: إذا أردت أن تتزوج امرأة فانظر إلى أبيها أو أخيها . أي: إذا أردت نكاح امرأة فانظر إلى نسبها . والنسب الحسب .

وأما كون تخير الأجنبية يستحب ؛ فلأن ولدها أنجب . ولهذا يقال: اغترب . أي: انكحوا الغرائب .

ولأنه لا يؤمن في النكاح إفضاؤه إلى الطلاق . فيكون سبباً للعداوة . فإذا كانت الزوجة قريبة كانت قطيعة للرحم المأمور بصلتها .

قال: (ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر إلى وجهها من غير خلوة بها . وعنه : له النظر إلى ما يظهر غالباً ؛ كالرقبة واليدين والقدمين) .

أما كون من أراد خطبة امرأة يجوز له النظر إليها في الجملة ؛ فلأن جابراً روى أن النبي ﷺ قال: « إذا خطبَ أحدكُمُ المرأةَ . فإن استطاعَ أن ينظرَ إلى ما يدعوهُ إلى نكاحِها فليفعل . قال: فخطبتُ امرأةً فكنتُ أتخبأُ لها حتى رأيتُ منها ما دعَاني إلى نِكاحِها . فتزوجتها »[٤] . رواه أبو داود .

ولأن النكاح عقد يقتضي التمليك فكان للعاقد النظر إلى المعقود عليه ؛ كالنظر إلى الأمة المستامة .

وأما كونه يجوز له النظر إلى وجهها فقط على الأول ؛ فلأنه ليس بعورة . والغرض يحصل به ؛ لأنه مجمع المحاسن .

⇨

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٦١) ١: ٥٩٨ كتاب النكاح، باب تزويج الأبكار . ولفظه: « عليكم بالأبكار فإنهن أعذب أفواها وأنتق أرحاما وأرضى باليسير » .

(٢) ر تخريج الحديث السابق .

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٦٨) ١: ٦٣٣ كتاب النكاح، باب الأكفاء .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٢) ٢: ٢٢٨ كتاب النكاح، باب في الرجل ينظر إلى المرأة وهو يريد تزويجها . . .

وأما كونه يجوز له النظر إلى ما يظهر غالباً كما تقدم بيانه على روايةٍ ؛ فلأن النبي ﷺ لما أذن في النظر إليها مطلقاً علم أنه أذن في النظر إلى جميع ما يظهر منها غالباً . إذ لا يمكن إفراد الوجه بذلك .

ولأنه يظهر غالباً . فأبيح النظر إليه ؛ كالوجه .

وأما كون النظر المذكور من غير خلوة بها ؛ فلأنها كانت محرمة ، ولم يَرِدْ الشرع بغير النظر . فبقيت الخلوة على التحريم .

ولأنه لا يؤمن مع الخلوة مواقعة المحظور . فإن النبي ﷺ قال: « لا يخلونّ الرجلُ بامرأةٍ فإن الشيطانَ ثالثهما »[1]. رواه أحمد .

قال: (وله النظر إلى ذلك ، وإلى الرأس ، والساقين من الأمة المستامة ، ومن ذوات محارمه . وعنه : لا ينظر من ذوات محارمه إلا إلى الوجه والكفين) .

أما كون الرجل له النظر إلى الأمة المستامة ؛ فلأن الحاجة تدعو إلى ذلك ليعرف ما يشتري .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا أن النظر الجائز يختص بالوجه والرقبة واليدين والقدمين والرأس والساقين ؛ لأن المقصود يحصل بذلك .

وقال في الكافي: يجوز النظر إلى ما عدا العورة ؛ لأن ذلك محتاج إلى معرفته . فجاز النظر إليه ؛ كالوجه .

وفي تقييد الأمة بالمستامة دليل على عدم جواز النظر إلى الأمة إذا لم تكن مستامة . وفيه وجهان:

إحداهما: لا يجوز ؛ لعموم قوله: ﴿ولا يبدين زينتهن ... الآية﴾ [النور:٣١] مع أنه لا حاجة تدعو إليه .

ولأن خوف الفتنة مشترك بين الحرة والأمة . فوجب اشتراكهما في الحرمة .

والثاني: يجوز ؛ « لأن عمر رأى أمةً متكممة فضربها بالدرّة ، وقال: يا لَكَاع! تتشبّهين بالحرائر »[1].

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٧١) ٣: ٤٧٤ كتاب الرضاع، باب ما جاء في كراهية الدخول على المغيبات .

وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٢٦٩) طبعة إحياء التراث.

وروى أبو حفص « أن عمرُ كان لا يدع أمةً تقنع في خلافته . قال: إنما القناعُ للحرائر»[2] . ولو كان نظر ذلك محرماً لم يَمنع منه بل أمر به .

وقد روى أنس « أن النبي ﷺ لما أخذَ صفية قال الناس: لا نَدري أجعلَها أمّ المؤمنين أمْ أمّ ولد ؟ فقالوا: إن حجَبَها فهي أم المؤمنين ، وإنْ لم يحجبها فهي أمّ ولدٍ . فلما ركبَ وطّى لها خلفه ومدَّ الحجابَ بينها وبين الناس »[3] متفق عليه .

وأما كونه له النظر إلى ذوات محارمه في الجملة ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا يبدين زينتهن إلا لبعولتهن أو آبائهن ... الآية﴾ [النور:٣١] ، وقال تعالى: ﴿لا جناح عليهن في آبائهن ... الآية﴾ [الأحزاب:٥٥].

والمراد بذوات محارمه من يحرم نكاحها عليه على التأبيد بنسب ؛ كالأم ، والبنت . أو نسب مباح ؛ كأم الزوجة ، وابنتها .

وأما كونه له النظر منهنّ إلى الوجه والرقبة واليدين والقدمين والرأس والساقين ونحو ذلك مما يظهر غالباً على الأول ؛ فلما روت زينب بنت أبي سلمة « أنها ارتضعتْ من أسماءَ امرأة الزبير . قالت: فكنتُ أراه أباً . وكان يدخل عليّ وأنا أمشّط رأسي ، وربما أخذَ ببعض قرونِ رأسي ، ويقول: أقبلي عليّ »[4]. رواه الشافعي في مسنده .

إذا ثبت ذلك في الرأس فالبواقي في معناه .

وأما كونه لا ينظر منهنّ إلا إلى الوجه والكفين على روايةٍ ؛ فلأن ابن عباس قال في تفسير قوله تعالى: « ﴿ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها﴾ [النور:٣١] يعني وجهها وكفيها »[5] .

⇨

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦٢٣٥) ٢: ٤١ كتاب الصلوات، في الأمة تصلي بغير خمار .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٦٢٤١) ٢: ٤٢ الموضع السابق .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٩٧) ٥: ١٩٥٦ كتاب النكاح، باب اتخاذ السراري ومن أعتق جاريته . .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٦٥) ٢: ١٠٤٥ كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها .

(٤) أخرجه الشافعي في مسنده (٧٧) ٢: ٢٥ كتاب النكاح، باب فيما جاء في الرضاع .

(٥) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٢: ٢٢٥ كتاب الصلاة، باب عورة المرأة الحرة . عن ابن عباس رضي الله عنه .

⇦

قال: (وللعبد النظر إليهما من مولاته).

أما كون العبد له النظر إلى مولاته ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿أو ما ملكت أيمانهن﴾ [النور: ٣١].

وروت أم سلمة أن النبي ﷺ قال: « إذا كان لإحداكُنّ مُكَاتَبٌ فملكَ ما يُؤدي . فلتحتَجِبْ منه »[1] . رواه أبو داود والترمذي وصححه .

مفهومه عدم احتجابها قبل ذلك .

وعن أنس « أن النبي ﷺ أتى فاطمة بعبدٍ قد وهبه لها ، وعلى فاطمة ثوبٌ إذا قَنَّعَتْ به رأسَها لم يبلغْ رجلَها ، وإذا غطّت به رجلَها لم يبلغْ رأسَها . فلما رأى رسول الله ﷺ ما تَلْقَى . قال: إنه ليسَ عليكِ بأس . إنما هو أبوكِ وغلامُك »[2] . رواه أبو داود .

وأما كونه له النظر إلى وجهها وكفها وهو المراد بقوله: إليهما ؛ فلأن الحاجة تدعو إلى ذلك .

فإن قيل: حديث أنس يدل على أنه له النظر إلى رأسها ورجلها .

قيل: ذكر المصنف في الكافي أن له النظر إلى ما يظهر منها غالباً . فيكون فيه الخلاف الذي في الخاطب[3] .

ووجهه ما ذكر من الحديث أو الحاجة .

وفي ٢: ٢٢٦ كتاب الصلاة، باب عورة المرأة الحرة . عن عائشة رضي الله عنها .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٢٨) ٤: ٢١ كتاب العتق، باب في المكاتب يؤدي بعض كتابته فيعجز أو يموت .

وأخرجه الترمذي في جامعه (١٢٦١) ٣: ٥٦٢ كتاب البيوع، باب ما جاء في المكاتب إذا كان عنده ما يؤدي .

وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٥٢٠) ٢: ٨٤٢ كتاب العتق، باب المكاتب .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٤١٠٦) ٤: ٦٢ كتاب اللباس، باب في العبد ينظر إلى شعر مولاته .

(٣) ص: ٥٣٣.

قال: (ولغير أولي الإرْبَة من الرجال ؛ كالكبير ، والعنّين ، ونحوهما : النظر إلى ذلك . وعنه : لا يباح) .

أما كون غير أولي الإربة له النظر إلى الوجه والكفين على المذهب فلقوله تعالى: ﴿أو التابعين غير أولي الإربة﴾ [النور:٣١] .

فإن قيل: ما المراد بغير أولي الإربة ؟

قيل: غير أولي الحاجة .

وعن مجاهد وقتادة: « هو الذي لا إربَ له في النساء ». وعن ابن عباس نحوه .

وأما كونه لا يباح له ذلك على روايةٍ ؛ فلعموم الأدلة المقتضية للمنع .

قال: (وللشاهد والمبتاع النظر إلى وجه المشهود عليها ، ومن تعامله . وللطبيب النظر إلى ما تدعو الحاجة إلى نظره) .

أما كون الشاهد له النظر إلى وجه المشهود عليها[1] فلتقع الشهادة على عينها .

وأما كون المبتاع له النظر إلى وجه من تعامله فليعلمها بعينها حتى يرجع عليها بالدرك .

وفي ذكر المبتاع تنبيه على المؤجرة ونحو ذلك ، ويؤكده قوله: ومن تعامله . وصرح به في المغني ؛ لأن حكم الكل سواء لأن ذلك في معنى المبتاع .

وأما كون الطبيب له النظر إلى ما تدعو الحاجة إلى نظره من المتطببة أو المتطبب ؛ فلأنه موضع حاجة .

وقد روي « أن النبي ﷺ لما حكّم سعدًا في بني قريظةَ كان يكشفُ عن مؤْتَزَرِهِم» ؛ لأنه موضع حاجة . وهذا مثله .

وعن عثمان : « أنه أُتيَ بغلامٍ قد سرقَ فقال: انظروا إلى مؤُتزرِهِ . فلم يجدوه أنبتَ . فلم يقطعه »[2] .

---

(١) في أ: عليه .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٦: ٩٧ كتاب الحجر، باب البلوغ بالإنبات .

قال: (وللصبي المميز غير ذي الشهوة النظر إلى ما فوق السرة وتحت الركبة. فإن كان ذا شهوة فهو كذي المحرم. وعنه: كالأجنبي).

أما كون الصبي المميز غير ذي الشهوة له النظر إلى ما فوق السرة وتحت الركبة ؛ فـ « لأن أبا طيبة حجمَ نساء النبي ﷺ وهو غلام » .

ولأن من ذكر لا شهوة له . أشبه الطفل .

ولأن المحرم للرؤية في حق البالغ كونه محلاً للشهوة . وهو مفقود هاهنا .

وأما كون الصبي ذي الشهوة كذي المحرم على المذهب ؛ فلأن الله عز وجل فرق بين البالغ وغيره بقوله: ﴿وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما﴾ [النور: ٥٩] . ولو لم يكن للصبي ذي الشهوة النظر لما كان بينه وبين البالغ فرق .

وأما كونه كالأجنبي على روايةٍ فلمساواته البالغ في الشهوة . وإنما لم يشترط عدم الشهوة في الآية ؛ لأن الغالب عدمها فيمن لم يبلغ .

قال: (وللمرأة مع المرأة ، والرجل مع الرجل: النظر إلى ما عدا ما بين السرة والركبة . وعنه: أن الكافرة مع المسلمة كالأجنبي).

أما كون المرأة مع المرأة لها النظر إلى ما عدا ما بين السرة والركبة ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿أو نسائهن﴾ [النور: ٣١] .

وأما كون الكافرة كالمسلمة في ذلك على المذهب ؛ فلأن النساء الكوافر من اليهوديات وغيرهن كن يدخلن على نساء النبي ﷺ فلم يكن يحتجبن ، ولا أُمرن بالحجاب .

وعن عائشة: « جاءت يهودية تسألُها فقالت: أعاذكِ الله من عذابِ القبرِ . فسألت عائشة النبي ﷺ ... وذكر الحديث »[١] . متفق عليه .

ولأن الحجب بين الرجال والنساء لمعنى لا يوجد بين المسلمة والكافرة . فوجب أن لا يثبت الحجاب بينهما كالمسلم مع الكافر .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (١٠٠٢) ١: ٣٥٦ كتاب الكسوف، باب التعوذ من عذاب القبر في الكسوف .

وأخرجه مسلم في صحيحه (٩٠٣) ٢: ٦٢١ كتاب الكسوف، باب ذكر عذاب القبر في صلاة الخسوف .

وأما كون الرجل مع الرجل له النظر إلى ما عدا ما بين السرة والركبة ؛ فلأن تخصيص العورة بالنهي دليل على إباحة النظر إلى غيرها .

وأما كون الكافرة مع المسلمة كالأجنبي على روايةٍ ؛ فلأن قوله: ﴿أو نسائهن﴾ [النور:٣١] ينصرف إلى المسلمات . فلو جاز للكافر النظر لم يبق للتخصيص فائدة .

قال: (ويباح للمرأة النظر من الرجل إلى غير العورة . وعنه : لا يباح) .

أما كون المرأة يباح لها النظر من الرجل إلى ما ذُكر على المذهب ؛ فلأن عائشة قالت: « كان رسولُ الله ﷺ يستُرني بردائِه وأنا أنظرُ إلى الحبشةِ يلعبُونَ في المسجد »[١] متفق عليه .

و « لأنه عليه السلام قال لفاطمة بنت قيس: اعتدّي في بيتِ ابن أم مكتوم فإنه رجلٌ أعمى تضَعين ثيابَكِ فلا يَراك »[٢] متفق عليه .

ولأنهن لو منعن النظر لوجب على الرجال الحجب لئلا ينظرون إليهم كما يؤمر النساء بالحجاب لئلا ينظر الرجال إليهن .

وأما كونها لا يباح لها ذلك على روايةٍ ؛ فلما وري عن أم سلمة قالت: « كنتُ قاعدةً عند النبي ﷺ أنا وحفصة . فاستأذنَ ابن أم مكتوم . فقال النبي ﷺ : احتجبنَ منه . فقلتُ: يا رسول الله ! ضريرٌ لا يُبصر . قال: أو عمْياوانِ أنتما لا تُبْصِرانِه ؟ »[٣] . رواه أبو داود .

ولأن الله تعالى أمر النساء بغض أبصارهن كما أمر الرجال به .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٤٣) ١: ١٧٣ كتاب المساجد، باب أصحاب الحراب في المسجد .
وأخرجه مسلم في صحيحه (٨٩٢) ٢: ٦٠٧ كتاب صلاة العيدين، باب الرخصة في اللعب الذي لا معصية فيه في أيام العيد .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢:١١١٥ كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها . ولم أره في البخاري.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤١١٢) ٤: ٦٣ كتاب اللباس، باب في قوله عز وجل: ﴿وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن﴾ .
وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٧٧٨) ٥: ١٠٢ كتاب الأدب، باب ما جاء في احتجاب النساء من الرجال . .

ولأن النساء أحد نوعي الآدمي . فحرم عليهن النظر إلى النوع الآخر قياساً على الرجال . يحققه أن المعنى المحرم للنظر خوف الفتنة وهو في المرأة أبلغ ؛ لأنها أشد شهوة وأقل عقلاً .

قال: (**ويجوز النظر إلى الغلام لغير شهوة . ولا يجوز النظر إلى أحد ممن ذكرنا لشهوة**) .

أما كون النظر إلى الغلام لغير شهوة يجوز ؛ فلأنه ذكر . أشبه الملتحي .

وأما كون النظر إلى أحد ممن ذكر لا يجوز لشهوة ؛ فلأنه وسيلة إلى إيقاع المحذور .

قال: (**ولكل واحد من الزوجين له النظر إلى جميع بدن الآخر ولمسه ، وكذلك السيد مع أمته**) .

أما كون كل واحد من الزوجين له النظر إلى جميع بدن الآخر ؛ فلأن النظر إنما حرم لئلا يقع في المحظور . وذلك منتفٍ هاهنا لجواز الوطء .

وروى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال: «قلتُ : يا رسول الله ! عوراتُنا ما نأتي منها وما نَذَر ؟ قال: احفظْ عورتَكَ إلا من زوجتِكَ أو ما ملكتْ يمينُك »[1]. وإذا لم يحفظ عورته منها لم تحفظ عورتها منه ؛ لاشتراكهما في المعنى .

وفي تعميم النظر المذكور إشعار بجواز النظر إلى الفرج . وهو صحيح ويدل عليه الحديث المتقدم .

ولأنه محل استمتاع . فجاز النظر إليه ؛ كبقية البدن .

لكن يكره النظر إليه ؛ لأن عائشة قالت: «ما رأيتُه من رسولِ الله ﷺ ولا رآهُ مني » .

وفي لفظٍ قالت: « ما رأيتُ فرجَ رسولِ الله ﷺ قط »[2]. رواه ابن ماجة .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٧٦٩) ٥: ٩٧ كتاب الأدب، باب ما جاء في حفظ العورة .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٢٠) ١: ٦١٨ كتاب النكاح، باب التستر عند الجماع .
(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٦٦٢) ١: ٢١٧ كتاب الطهارة وسننها، باب النهي أن يرى عورة أخيه .

وقيّد صاحب المستوعب الكراهة بحالة الطمث وهي الحيض . وفيه معنى ؛ لأن الوطء في الحيض حرام . فإذا نظر إلى الفرج ربما كان سبباً إلى الوطء الحرام . فأما إذا لم يكن حراماً فلا أقل من أن يكون مكروها .

وأما كون كل واحد منهما له لمس جميع بدن الآخر ؛ فلأن الوطء جائز . فلأن يجوز اللمس بطريق الأولى .

ولأنه لو حرم اللمس لحرم النظر لئلا يدعو إليه .

ولأنه لو حرم اللمس لما أمكن التحرز عنه حالة الوطء .

وأما كون السيد مع أمته كذلك ؛ فلأنهما في معنى الزوجين .

ولأن الأمة داخلة في الحديث المتقدم ذكره .

وفي قول المصنف رحمه الله تعالى: مع أمته نظر ؛ لأنه يدخل في ذلك أمته المزوجة والمجوسية والوثنية ونحو ذلك ، وليس له النظر إلى شيء من ذلك ولا لمسه ؛ لما يذكر في موضعه . وجعل بعض الأصحاب سُرِّيّتَه بدل أمته . وفيه نظر أيضاً ؛ لأنه يخرج منه أمته التي ليست بسُرِّية . وله النظر إليها ولمسها . وجعل بعضهم أمته المباحة له بدل أمته[1] . وهو أجود مما تقدم ذكره لسلامته عما ذكر فيه .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

فصل [في خطبة المعتدة]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**ولا يجوز التصريح بخطبة المعتدة ، ولا التعريض بخطبة الرجعية . ويجوز في عدة الوفاة والبائن بطلاق ثلاث . وهل يجوز في عدة البائن بغير الثلاث ؟ على وجهين**) .

أما كون التصريح بخطبة المعتدة لا يجوز ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولكن لا تواعدوهن سراً﴾ [البقرة:٢٣٥] . والمراد بالسر النكاح . قاله أهل التفسير .

ولأنه قال: ﴿ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء﴾ [البقرة:٢٣٥] . خص التعريض بنفي الحرج وذلك يدل على وجود الحرج في التصريح ، وذلك يدل على عدم جواز التصريح .

ولأن التصريح لا يحتمل غير النكاح . فلا يؤمن أن يحملها الحرص على النكاح على الإخبار بانقضاء عدتها قبل انقضائها .

وأما كون التعريض بخطبة الرجعية لا يجوز ؛ فلأنها زوجة . أشبهت التي في صلب النكاح .

وأما كون التعريض في عدة الوفاة والمطلقة بالثلاث يجوز ؛ فلما تقدم من الآية .

ولما روت فاطمة : « أن النبي ﷺ قال لها لما طلّقها زوجها ثلاثاً: إذا حلَلْتِ فآذِنيني »[1] وفي لفظ: « لا تَسْبِقيني نفسك »[2]. وفي لفظ: « لا تَفُوتِينَا بنفْسِك »[3]. وكل ذلك تعريض بالخطبة .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢: ١١١٤ كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢: ١١١٥ الموضع السابق .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢: ١١١٦ الموضع السابق .

وأما كون التعريض في عدة البائن بغير الثلاث ؛ كالمختلعة ، والمطلقة بالكناية الظاهرة على قول يجوز على وجه ؛ فلعموم الآية .

ولأنها بائن . أشبهت المطلقة بالثلاث .

وأما كونه لا يجوز على وجه ؛ فلأن الزوج يملك أن يستبيحها . أشبهت الرجعية .

قال: (والتعريض نحو قوله: إني في مثلك لراغب ، ولا تُفوِّتيني بنفسك . وتجيبه ما يُرغب عنك ، وإن قضى شيء كان ، ونحوهما) .

أما كون التعريض نحو ما ذكر ؛ فلأن الغرض يحصل بذلك . وقد دل الحديث المتقدم عليه .

وأما كون الإجابة ما ذكر ؛ فلأن ذلك كافٍ في الغرض وشبيه بالتعريض .

قال: (ولا يحل لرجل أن يخطب على خطبة أخيه إن أُجيب . وإن رُدَّ حل وإن لم يعلم الحال فعلى وجهين) .

أما كون الرجل لا يحل له أن يخطب على خطبة أخيه إذا أجيب ؛ فلما روى ابن عمر أن النبي ﷺ قال: « لا يخطبُ أحدكم على خطبةِ أخيه »[1] .

وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: « لا يخطبُ الرجلُ على خطبةِ أخيه حتى يَنكِحَ أو يَترُك »[2] متفق عليهما .

ولأن في ذلك إفساداً على الخاطب الأول ، وفيه إيقاع العداوة بين الناس . ولذلك نهى عليه السلام عن بيعِ الرجل على بيعِ أخيه[3] .

وأما كونه يحل له ذلك إذا رُدَّ ؛ فلما روت فاطمة بنت قيس : « أنها أتت النبي ﷺ فذكرت : أن معاوية وأبا جهم خطباها . فقال النبي ﷺ: أما معاوية

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٨) ٥: ١٩٧٥ كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٢) ٢: ١٠٣٢ كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة ... حتى يأذن أو يترك .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٩) ٥: ١٩٧٦ الموضع السابق .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٣) ٢: ١٠٣٣ الموضع السابق .

(٣) ر . الحديث السابق والذي قبله .

فصُعلوكٌ لا مالَ له ، وأما أبو جهم فلا يَضَعُ عصاهُ على عاتِقِه ، انكحي أسامة بن زيد »[1] متفق عليه .

ولأن تحريم خطبتها على هذا الوجه إضرارٌ بالمرأة ؛ لأنه لا يشاء أحد أن يمنع المرأة النكاح إلا منعها بخطبته لها .

و « لأن عمر بن الخطاب خطبَ امرأة على جرير بن عبدالله البجلي ، وعلى مروان بن الحكم ، وعلى عبدالله بن عمر . فدخل على المرأة وهي جالسةٌ في بيتها . فقال عمر: إن جرير بن عبدالله يخطبُ وهو سيدُ أهلِ المشرق ، ومروان يخطبُ وهو سيدُ شبابِ قريش ، وعبدالله بن عمر وهو من قد علمتُم ، وعمر بن الخطاب . فقالت : أميرُ المؤمنين قال: نعم . فقالت : قد أنكحت بأمير المؤمنين أنكحوه ». ذكره ابن عبدالبر .

وأما كونه يحل له إذا لم يعلم الحال على وجهٍ ؛ فلأن النبي ﷺ خطب فاطمة لأسامة بعد أن أخبرته أن معاوية وأبا جهم خطباها .

وأما كونه لا يحل له على وجه ؛ فلعموم النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه .

قال: (والتعويل في الرد والإجابة عليها إن لم تكن مجبرة . وإن كانت مجبرة فعلى الولي) .

أما كون التعويل في الرد والإجابة على المرأة إن لم تكن مجبرة ؛ فلأنها أحق بنفسها من وليها . ولو أجاب الولي ورغبت هي عن النكاح كان الأمر أمرها .

وأما كون ذلك على الولي إذا كانت مجبرة ؛ فلأنه يملك تزويجها بغير اختيارها . فكان العبرة به لا بها .

قال: (ويستحب عقد النكاح مساء يوم الجمعة . وأن يخطب قبل العقد بخطبة ابن مسعود . وأن يُقال للمتزوج: بارك الله لكما وعليكما وجمع بينكما في خير

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢: ١١١٤ كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها . ولم أره في البخاري .

وعافية . وإذا زُفّت إليه قال: اللهم إني أسألك خيرها وخير ما جبلتها عليه، وأعوذ بك من شرها وشر ما جبلتها عليه).

أما كون العقد يستحب مساء يوم الجمعة ؛ فلما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: « مسوا بالإملاكِ فإنه أعظمُ للبركة » .

ولأنه أقرب إلى مقصوده وأقل لانتظاره .

وأما كونه يستحب يوم الجمعة ؛ فلأن جماعة من السلف استحبوا ذلك : منهم ضَمْرة بن حبيب ، وراشد بن سعد ، وحبيب بن عتبة .

وأما كون العاقد يستحب له أن يخطب بخطبة قبل العقد ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « كلُ أمرٍ ذي بالٍ لا يُبدأُ فيه بالحمدُ للهِ فهوَ أقطَع »[1] . رواه ابن المنذر .

وأما كونه يخطب بخطبة ابن مسعود ؛ فلأن النبي ﷺ علمه إياها . وما هذا شأنه أولى من غيره .

فإن قيل: ما خطبة بن مسعود ؟

قيل: ما روى ابن مسعود قال: « علّمنا رسولُ الله ﷺ التشهدَ في الحاجة . إن الحمدَ للهِ نحمدُه ونستعينُه ونستغفرُه ونعوذُ باللهِ من شرورِ أنفسنا وسيئاتِ أعمالِنا . من يهدِهِ اللهُ فلا مُضلَ له ، ومن يُضلِل فلا هاديَ له . وأشهدُ أن لا إلهَ إلا الله ، وأشهدُ أن محمدًا عبدُه ورسولُه . ويقرأ ثلاث آياتٍ: ﴿اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون﴾ [آل عمران:١٠٢]، ﴿واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام إن الله كان عليكم رقيبًا﴾ [النساء:١]، ﴿اتقوا الله وقولوا قولاً سديدًا ... الآية﴾ [الأحزاب:٧٠] »[2] . رواه أبو داود والترمذي وقال: حديث حسن .

وإضافة الخطبة إلى ابن مسعود في كلام المصنف لتأكيد الخطبة بها . لا لأن الخطبة لا تستحب بغيرها نقلاً وتعليلاً : أما الأول ؛ فلأن الإمام أحمد بن حنبل

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٨٤٠) ٤: ٢٦١ كتاب الأدب، باب الهدى في الكلام . ولفظه: « كل كلام لا يبدأ فيه بالحمد لله فهو أجذم » .

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٩٤) ١: ٦١٠ كتاب النكاح، باب خطبة النكاح . قال السندي: الحديث قد حسنه ابن الصلاح والنووي . واللفظ له .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢١١٨) ٢: ٢٣٨ كتاب النكاح، باب في خطبة النكاح .

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٥) ٣: ٤١٣ كتاب الجمعة، باب ما جاء في خطبة النكاح .

كان إذا حضر عقد نكاح لم يُخطب فيه بخطبة ابن مسعود قام وتركهم . رواه الخلال .

وسئل: أيجب أن تكون الخطبة مثل قول ابن مسعود ؟ فوسع في ذلك . رواه حرب .

وأما الثاني ؛ فلأن الغرض الخطبة . وذلك حاصل بغيرها . وروي عن ابن عمر «أنه كان إذا دُعيَ ليزوِّج قال: [لا تُفضّضُوا] علينا الناسَ . الحمدُ [لله] وصلى الله على محمدٍ . إن فلانًا خطبَ إليكم فإن أنكحتُموه فالحمدُ لله ، وإن رددتموهُ فسبحانَ الله »[1] .

وأما كون المتزوج يستحب أن يقال له ما ذكره المصنف رحمه الله ؛ فلما روى أبو هريرة « أن رسول الله ﷺ كان إذا رَفَّأَ الإنسانَ قال: باركَ اللهُ لكَ ، وباركَ عليكَ ، وجمعَ بينكما في خيرٍ وعافية »[2] . رواه أبو داود .

وعن النبي ﷺ : « أنه قال لعبدالرحمن لما تزوج: باركَ اللهُ عليكَ ، أوْلِمْ ولو بشاة »[3] . رواه البخاري .

وأما كونه يستحب أن يقول: اللهم إني أسألك خيرها ... إلى آخره إذا زفت إليه ؛ فلأن عمرو بن شعيب روى عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال: « إذا تزوجَ أحدكمُ امرأةً أو اشترى خادمًا فليقل: اللهم إني أسألكَ خيرَها وخيرَ ما جبلتَها عليه ، وأعوذُ بكَ من شرّها وشرّ ما جبلتَها عليه »[4] . رواه أبو داود .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٨١ كتاب النكاح، باب كيف الخطبة . وما بين الأقواس من السنن .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٣٠) ٢: ٢٤١ كتاب النكاح، باب ما يقال للمتزوج .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٠٩١) ٣: ٤٠٠ كتاب النكاح، باب ما جاء فيما يقال للمتزوج .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٠٥) ١: ٦١٤ كتاب النكاح، باب تهنئة النكاح .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٥٧٠) ٣: ١٣٧٨ كتاب فضائل الصحابة، باب إخاءُ النبي ﷺ بين المهاجرين والأنصار .

(٤) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٦٠) ٢: ٢٤٨ كتاب النكاح، باب في جامع النكاح .

باب أركان النكاح وشروطه

أركان الشيء هي : أجزاء ماهيته . والماهية لا تتم بدون جزئها . فكذا الذي لا يتم بدون ركنه .

والشرط ما ينتفي المشروط لانتفائه . وليس جزءاً من الماهية .

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**وأركانه : الإيجاب والقبول . ولا ينعقد الإيجاب إلا بلفظ النكاح والتزويج بالعربية لمن يحسنهما ، أو بمعناهما الخاص بكل لسان لمن لا يحسنهما . فإن قدر على تعلمها بالعربية لم يلزمه في أحد الوجهين . والقبول أن يقول : قبلت هذا النكاح أو ما يقوم مقامه في حق من لا يحسن**) .

أما كون الإيجاب والقبول ركني النكاح ؛ فلأن ماهيته مركبة منهما ومتوقفة عليهما ؛ لما يذكر في موضعه إن شاء الله تعالى .

وأما كون الإيجاب . وهو : اللفظ الصادر من قبل الولي أو من يقوم مقامه : لا ينعقد إلا بلفظ الإنكاح أو التزويج بالعربية لمن يحسنهما ؛ فلأنهما اللذان وردا في القرآن ، واستعملهما الصحابة وغيرهم إلى زمننا هذا .

ولأن العادل عنهما مع معرفته لهما عادل عن اللفظ الذي ورد في القرآن مع القدرة عليه . أشبه من عدل عن لفظ التكبير مع القدرة عليه .

فإن قيل: فقد روي عن النبي ﷺ « أنه زوج رجلاً امرأة . فقال: مُلِّكْتَها بما معكَ من القرآن »[1] . رواه البخاري .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٧) ٥: ١٩٧٥ كتاب النكاح، باب إذا قال الخاطب للولي: زوجني فلانة .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٥) ٢: ١٠٤٠ كتاب النكاح، باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن . .

قيل : قد روي في الحديث بعينه أنه قال : « زَوّجْتُكَهَا »[1] و « أُنكِحتَها »[2] و «زوّجْنَاكَهَا»[3] من طرق صحيحة : فإما أن يكون قد جمع النبي ﷺ بين ذلك ، أو يحمل على أن الراوي روى بالمعنى ظناً منه أن معناهما واحد . وعلى كلا التقديرين لا يبقى فيه حجة .

وأما كونه لا ينعقد إلا بمعناهما الخاص بكل لسان لمن لا يحسنهما ؛ فلأن ذلك في لغته نظير الإنكاح والإزواج في العربية .

ولأن العادل عن ذلك عادل عن اللفظ الخاص إلى غيره . أشبه العربي إذا عدل عن اللفظ الخاص فيها .

وأما كون القادر على تعلم ذلك لا يلزمه في وجه ؛ فلأن النكاح عقد معاوضة . فلم يجب تعلم أركانه ؛ كالبيع .

وأما كونه يلزمه في وجه ؛ فلأن ما كانت العربية شرطاً فيه لزم تعلمها مع القدرة ؛ كالتكبير .

وأما القبول . وهو : اللفظ الصادر من قبل الزوج أو من يقوم مقامه : أن يقول ما ذكره المصنف ؛ فلأنه كالإيجاب معنى فكذا يجب أن يكون حكماً .

فإن قيل: فإن اختلف لفظ الإيجاب والقبول فقال الولي: زوجتك فقال الزوج: قبلت هذا النكاح ، أو قال: أنكحتك فقال: قبلت هذا التزويج .

قيل: يصح ؛ لأن الكل وافٍ بالغرض مع كونه موضوعاً له في العربية .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٥٤) ٥: ١٩٧٧ كتاب النكاح، باب التزويج على القرآن وبغير صداق . ولفظه: « أنكحتكها » .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٤١) ٤: ١٩١٩ كتاب فضائل القرآن، باب خيركم من تعلم القرآن وعلمه .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٨٦) ٢: ٨١١ كتاب الوكالة، باب وكالة المرأة الإمام في النكاح .

قال: (فإن اقتصر على قول: قبلت، أو قال الخاطب للولي: أزوجت؟ قال: نعم. وللمتزوج: أقبلت؟ قال: نعم: صح. ذكره الخرقي. ويحتمل أن لا يصح).

أما كون من اقتصر على قول: قبلت يصح النكاح على المذهب ؛ فلأنه صريح في الجواب. فصح به النكاح ؛ كما يصح به البيع وسائر العقود.

وأما كون الولي إذا قال: نعم بعد قول الخاطب له: أزوجت ؟ والمتزوج إذا قال: نعم بعد قول الخاطب له: أقبلت ؟ يصح النكاح على المذهب ؛ فلأن معنى نعم قبلت هذا التزويج. ولذلك لما قال الله تعالى: ﴿فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم﴾ [الأعراف:٤٤] كان إقراراً منهم بوجدان ما وعدهم ربهم حقاً. ولو قيل لرجل: ألي عليك ألف ؟ قال: نعم. كان مقراً به إقرارًا لا يفتقر إلى التفسير. ومثله قطع اليد في السرقة. فوجب أن يصح التزويج به ؛ كما لو صرح بالمعنى.

وأما كونه يحتمل أن لا يصح النكاح بما ذكر في المسألتين المذكورتين قبل ؛ فلأن قول الولي: زوجتك وقول الزوج: قبلت هذا التزويج ركنا العقد. فلم يصح بدونهما.

قال: (وإن تقدم القبول الإيجاب لم يصح. وإن تراخى عنه صح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه. فإن تفرقا قبله[1] بطل الإيجاب. وعنه: لا يبطل).

أما كون القبول إذا تقدم الإيجاب في باب النكاح لا يصح بلا خلاف في المذهب سواء كان بلفظ الماضي كقولك: تزوجتُ ابنتك فيقول: زوجتك، أو بلفظ الطلب كقولك: زوجني ابنتك فيقول: زوجتك، أو بلفظ الاستفهام كقولك: أتزوجني ابنتك ؟ فيقول: زوجتك ؛ فلأن القبول إنما يكون للإيجاب. فمتى وجد قبله لم يكن قبولاً لعدم معناه.

ولأنه لو تقدم بلفظ الاستفهام لم يصح في موضع وفاقاً. فكذلك إذا تقدم بلفظ الماضي أو الطلب.

---

(١) زيادة من المقنع.

فإن قيل: ما الفرق بين النكاح والبيع على إحدى الروايتين ؟

قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنه لا يشترط للبيع صيغة الإيجاب والقبول . بل يصح بالمعاطاة .

وثانيهما: أنه لا يتعين فيه اللفظ . بل يصح بأيّ لفظ كان مما يؤدي المعنى .

فإن قيل: فما الفرق بين النكاح والخلع ؟

قيل: الفرق بينهما ظاهر لأن الخلع يصح بتعليقه على الشروط . بخلاف النكاح .

وأما كون القبول إذا تراخى عن الإيجاب يصح ما داما في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه ؛ فلأن حكم المجلس حكم حالة العقد . بدليل القبض فيما يشترط القبض فيه ، وبثبوت الخيار في عقود المعاوضات المحضة .

واشترط المصنف في صحة القبول في المجلس: أن لا يتشاغلا بما يقطعه لأن مع التشاغل يعدّ كالمعرض عن الإيجاب . فلم يصح القبول بعده ؛ كما لو رده .

وأما كون الإيجاب يبطل إذا تفرق الولي والزوج قبل القبول على المذهب ؛ فلأن التفرق قبل القبول إعراض عن الإيجاب . أشبه ما لو رده .

وأما كونه لا يبطل على روايةٍ فبالقياس على القبول في المجلس .

فإن قيل: ما صورة القبول بعد التفرق ؟

قيل: ما روي عن الإمام أحمد رضي الله عنه أنه قيل له: إن رجلاً مضى إلى قوم . فقالوا له: زوّج فلاناً . قال: زوّجته على ألف . فرجعوا إلى الزوج فأخبروه . فقال: قد قبلت . هل يكون هذا نكاحاً ؟ قال: نعم .

قال القاضي: هذا محمول على أنه وكل من قبل العقد في المجلس .

فصل [في شروط النكاح]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وشروطه خمسة : أحدها : تعيين الزوجين . فإذا قال : زوجتك ابنتي وله بنات لم يصح حتى يشير إليها ، أو يسميها ، أو بصفتها بما تتميز به . وإن لم يكن له إلا ابنة واحدة : صح . ولو قال : إن وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتكها لم يصح) .

أما كون شروط النكاح خمسة ؛ فلأنها تعيين الزوجين ، ورضاهما ، والولي ، والشهادة ، وكون الرجل كفءاً للمرأة . وسيأتي دليل ذلك كله في مواضعه .

أما كون أحدهما: تعيين الزوجين ؛ فلأنه عقد معاوضة . أشبه البيع .

ولأن مقصود النكاح العين . فلم يصح بدون التعيين ؛ كالبيع .

وأما كون من قال: زوجتك ابنتي وله بنات لا يصح إذا لم يميزها بما ذُكر ؛ فلأن تعيين الزوجة شرط لما تقدم ولم يوجد .

وأما كونه يصح إذا ميزها بالإشارة ؛ مثل أن يقول: زوجتك ابنتي هذه ؛ فلأن التعيين يحصل بذلك .

وأما كونه يصح إذا ميزها بالتسمية ؛ مثل أن يقول: فلانة ، أو بالصفة ؛ مثل أن يقول: الطويلة أو البيضاء أو ما أشبه ذلك وليس في بناته من يتّصف بذلك إلا واحدة ؛ فلأن ذلك قائم مقام التعيين لأن الغرض من التعيين العلم بالمعقود عليها وذلك حاصل فيما ذكر .

وأما كون من قال: زوجتك ابنتي ولم يكن له إلا بنت واحدة يصح ؛ فلأن عدم التعيين إنما جاء من التعدد ولا تعدد هاهنا .

وأما كون من قال: إن وضعت زوجتي ابنة فقد زوجتك بها لا يصح ؛ فلأنه تعليق للنكاح على شرط ، والنكاح لا يصح تعليقه .

فصل [الشرط الثاني]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (الثاني: رضا الزوجين. فإن لم يرضيا، أو أحدهما: لم يصح. إلا الأب له تزويج أولاده الصغار والمجانين وبناته الأبكار بغير إذنهم. وعنه: لا يجوز له تزويج ابنة تسع سنين إلا بإذنها. وهل له تزويج الثيب الصغيرة؟ على وجهين. والسيد له تزويج إمائه الأبكار والثيب وعبيده الصغار بغير إذنهم. ولا يملك إجبار عبده الكبير. ويحتمل مثل ذلك في الصغير أيضاً).

أما كون الثاني من شروط صحة النكاح رضا الزوجين غير ما استثني؛ فلأن العقد لهما. فاشترط رضاهما؛ كالبيع.

وأما كونهما إذا لم يرضيا أو أحدهما لا يصح غير ما استثني؛ فلأن الرضى شرط ولم يوجد.

وأما كون الأب له تزويج أولاده الصغار؛ فـ « لأن ابن عمر زوّجَ ابنه وهو صغير. فاختصما إلى زيدٍ فأجازاهُ جميعًا »[1].

ولأن الأب يتصرف في ماله بغير تولية. فجاز له تزويجه؛ كابنته الصغيرة.

وأما كونه له تزويج أولاده المجانين؛ فلأنهم لا قول لهم فكان لأبيهم تزويجهم كأولاده الصغار.

وظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا أنه لا فرق بين المجنون البالغ وغير البالغ. وصرح به في المغني. وقال: هو ظاهر كلام أحمد لاستوائهما في المعنى الذي جاز التزويج من أجله.

وقال القاضي: لا يجوز تزويج بالغ إلا إذا كان محتاجاً بأن تظهر منه أمارات الشهوة باتباع النساء ونحوه لأنه لا مصلحة له في الزواج إلا بذلك.

---

(١) أخرجه البيهقي مختصراً في السنن الكبرى ٧: ١٤٣ كتاب النكاح، باب الأب يزوج ابنه الصغير.

وقال أبو بكر عبدالعزيز: ليس للأب تزويجه بحال ؛ لأنه رجل . فلا يملك الأب إجباره ؛ كالعاقل .

والأول أولى ؛ لأنه إذا جاز تزويج الصغير مع عدم حاجته إلى قضاء شهوته وحفظه عن الزنا . فالبالغ أولى .

وأما كونه له تزويج بناته الأبكار اللاتي لهن دون تسع سنين بغير إذنهن فلا خلاف فيه .

قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب ابنته الصغيرة جائز إذا زوجها من كفء . وقد دل على ذلك قوله تعالى: ﴿واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن﴾ [الطلاق:٤] . أي عدتهن كذلك ولا تكون العدة ثلاثة أشهر إلا من طلاق في نكاح . فدل على أنها تزوج ثم تطلق ولا إذن لها يعتبر .

وعن عائشة رضي الله عنها قالت: « تزوّجني رسولُ الله ﷺ وأنا ابنةُ ستٍ ، وبنى بي وأنا ابنةُ تسع »[1] متفق عليه .

وروي « أن قدامة بن مظعون تزوّجَ ابنة الزبير حين نفست » .

وأما كونه له تزويج اللاتي لهن تسع سنين فصاعداً على المذهب ؛ فلما روى ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: « الأيمُ أحقُ بنفسِهَا من وليّها . والبكرُ تُستأذَنُ ، وإذنُها صُمَاتُها »[2] . رواه أبو داود .

قسم النساء قسمين . فأثبت الحق لأحدهما ، وذلك يدل على نفيه عن الآخر .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٦٨١) ٣: ١٤١٤ كتاب فضائل الصحابة، باب تزويج النبي ﷺ عائشة . .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٢) ٢: ١٠٣٨ كتاب النكاح، باب تزويج الأب البكر الصغيرة .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢١) ٢: ١٠٣٧ كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق ، والبكر بالسكوت .

وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٩٨) ٢: ٢٣٢ كتاب النكاح، باب في الثيب .

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٨) ٣: ٤١٦ كتاب النكاح، باب ما جاء في استئمار البكر والثيب .

وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٦١) ٦: ٨٤ كتاب النكاح، استئذان البكر في نفسها .

وأما كونه لا يجوز له تزويج ابنة تسع سنين إلا بإذنها على روايةٍ ؛ فلأنها بلغت سناً تصلح للبلوغ . أشبهت البالغة .

ولم يتعرض المصنف إلى البالغة وفيها عن الإمام أحمد رواية لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال: « لا تُنكحُ الأيّمُ حتى تُستأمر ، ولا تُنكح البكرُ حتى تُستأذن . قالوا: يا رسول الله ! فكيف إذنُها ؟ قال: أن تسْكُت »[1] . متفق عليه .

ولأنها جائزة التصرف في مالها بنفسها . فلم يكن للأب تزويجها بغير إذنها ؛ كالثيّب .

وأما كونه له تزويج الثيّب الصغيرة على وجه ؛ فلأنها كالغلام في الصغر . فكان له تزويجها ؛ كولده الصغير .

وأما كونه ليس له ذلك على وجه فبالقياس على الثيّب الكبيرة .

ويظهر من ذلك ومن العموم المتقدم أن الثيب إن يكنّ بالغات لم يكن للأب تزويجهن إلا بإذنهن . وهو صحيح . ووجهه ما تقدم .

ولأنه قال عليه السلام: « الأيمُ أحقُ بنفسِها من وليّها »[2] .

وعنه أنه قال: « ليسَ للوَلي معَ الثيبِ أمرٌ »[3] . رواهما النسائي وأبو داود .

ولأنهن رشيدات عالمات بالمقصود من النكاح . فلم يكن للأب تزويجهن ؛ كابنه البالغ .

وأما كون السيد له تزويج إمائه الأبكار والثيب بغير إذنهن ؛ فلأن النكاح عقد على المنافع . فكان للسيد عقده ؛ كالإجارة .

وأما كونه له تزويج عبيده الصغار بغير إذنهم على المذهب ؛ فلأنه إذا كان له تزويج ابنه الصغير . فلأن يكون له تزويج عبده الصغير بطريق الأولى .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٣) ٥: ١٩٧٤ كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٩) ٢: ١٠٣٦ كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق ، والبكر بالسكوت .

(٢) سبق تخريجه قريباً.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٠٠) ٢: ٢٣٣ كتاب النكاح، باب في الثيب .
وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٦٣) ٦: ٨٥ كتاب النكاح، استئذان البكر في نفسها .

وأما كونه لا يملك إجبار عبده الكبير ؛ فلأنه خالص حقه . فلم يملك إجباره عليه ؛ كالطلاق .

وأما كونه يحتمل مثل ذلك في الصغير أيضاً فبالقياس عليه .

قال: (ولا يجوز لسائر الأولياء تزويج كبيرة إلا بإذنها . إلا المجنونة لهم تزويجها إذا ظهر منها الميل إلى الرجال . وليس لهم تزويج صغيرة بحال . وعنه : لهم ذلك ولهم الخيار إذا بلغت . وعنه : لهم تزويج ابنة تسع سنين بإذنها) .

أما كون سائر الأولياء لا يجوز لهم تزويج كبيرة عاقلة إلا بإذنها ؛ فلأنهم لا يجوز لهم تزويج صغيرة لما يأتي فلأن لا يجوز تزويج كبيرة بطريق الأولى .

ولأن غير الأب لا يساوي الأب . وفي تزويج الأب الكبيرة البكر خلاف . فيلزم أن لا يجوز ذلك كغيره قولاً واحداً لأنه لو جاز لكان مثل الأب أو أحسن حالاً منه .

وأما كونهم لهم[1] تزويج المجنونة إذا ظهر منها الميل إلى الرجال ؛ فلأنه لو لم يجز في هذه الحال لأدى إلى الوقوع في المحظور وذلك مطلوب العدم .

وأما كونهم ليس لهم تزويج صغيرة بحال على المذهب ؛ لما روي « أن قدامة بن مظعون زوّجَ ابنةَ أخيه من عبدالله بن عمر فرُفعَ ذلك إلى النبي ﷺ . فقال: إنها يتيمة ولا تُنكحُ إلا بإذنِها »[2]. والصغيرة لا إذن لها .

وأما كونهم لهم ذلك على روايةٍ ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ [النساء:٣]. دلت الآية بمفهومها أن تزويجها إذا أقسطوا جائز . وقد فسرته عائشة رضي الله عنها بذلك .

فعلى هذا يكون لها الخيار إذا بلغت لتستدرك ما فاتها .

وأما كونهم لهم تزويج ابنة تسع سنين بإذنها على روايةٍ ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « تُستأمرُ اليتيمةُ فإن سكتتْ فهو إذنُها ، وإن أبتْ فلا جَوازَ عليها »[3] . رواه أبو داود .

---

(١) في أ: له .

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (٦١٠١) طبعة إحياء التراث .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٩٣) ٢: ٢٣١ كتاب النكاح، باب في الاستئمار .

وهذه الروايةِ أقوى دليلاً ؛ لأن في القول بها جمعاً بين الآية والأخبار . وهذا ظاهر كلام المصنف في الكافي .

فإن قيل: لم قيد ذلك بالتسع ؟

قيل: لأنها حينئذ تصير عارفة بما يضرها وينفعها فتظهر فائدة استئذانها وقد نبهت عائشة على ذلك حيث قالت: « إذا بَلغتِ الجاريةُ تسع سنين فهيَ امرأة»[1] .

وروي مرفوعاً إلى النبي ﷺ .

ولأنها تصلح حينئذ للنكاح وتحتاج إليه . أشبهت البالغة .

قال: (وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات) .

أما كون إذن الثيب الكلام فلا خلاف فيه .

ولأن الإذن في الأمر إذا ...[2] لا يكون إلا بالكلام . فكذلك هاهنا .

وأما كون إذن البكر الصمات ؛ فلأن النبي ﷺ قيل له: « كيفَ إذنُها ؟ قال: أن تَسكُت»[3] .

وعن عائشة أنها قالت: « يا رسول الله ! البكرُ تستحيِ . قال: رضاها صمتُها »[4] . متفق عليه .

وفي روايةٍ: « واليتيمةُ تُستأمرُ وصمتُها إقرارُها »[5] . رواه النسائي .

⇨

وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٧٠) ٦: ٨٧ كتاب النكاح، البكر يزوجها أبوها وهي كارهة .
وأخرجه أحمد في مسنده (٧٥١٩) ٢: ٢٥٩ .

(١) ذكره الترمذي في جامعه ٣: ٤١٨ كتاب النكاح، باب ما جاء في إكراه اليتيمة على التزويج.
وذكره البيهقي في السنن الكبرى ١: ٣٢٠ كتاب الحيض، باب السن التي وجدت المرأة حاضت فيها .

(٢) طمس في أ قدر كلمة.

(٣) سبق تخريجه ص: ٥٥٤.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٤) ٥: ١٩٧٤ كتاب النكاح، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاها .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٠) ٢: ١٠٣٧ كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٠٠) ٢: ٢٣٣ كتاب النكاح، باب في الثيب .
وأخرجه النسائي في سننه (٣٢٦٣) ٦: ٨٥ كتاب النكاح، استئذان البكر في نفسها .

وفي روايةٍ: «تُستأمرُ اليتيمةُ في نفسِها فإن سكتتْ فهو إذنُها»[1] .

ولا فرق بين الأب وغيره فيما ذُكر ؛ لأنه صرح بأن إذن اليتيمة الصمت ، واليتيمة من لا أبَ لها .

قال: (ولا فرق بين الثيوبة بوطء مباح أو محرم . فأما زوال البكارة بأصبع أو وثبة فلا يغير صفة الإذن) .

أما كونه لا فرق بين ما ذكر ؛ فلعموم ما تقدم .

ولأن البكر إنما اقتصر على صماتها لأجل حيائها وذلك مفقود في الموطوءة . لا سيما بوطء محرم .

وأما كون زوال البكارة بأصبع أو وثبة لا يغير صفة الإذن ؛ فلأن المعنى الذي وجب الاكتفاء بالصمات في البكر لأجله موجود هاهنا لأن الحياء لا يزول بزوال البكارة بإصبع أو وثبة . والله أعلم .

(١) سبق تخريجه قريباً.

فصل [الشرط الثالث]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (الثالث: الولي. فلا نكاح إلا بولي. فإن زوجت المرأة نفسها أو غيرها لم يصح. وعنه: لها تزويج أمتها ومعتقتها. فيُخَرَّج منه صحة تزويج نفسها بإذن وليها وتزويج غيرها بالوكالة. والأول المذهب).

أما كون الثالث من شروط صحة النكاح: الولي ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « لا نِكاحَ إلا بِوَلي »[1] . صححه أحمد وابن معين .

وعن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: « أيما امرأةٍ نكحتْ نفسَها بغيرِ إذن وليّها فنكاحُها باطلٌ باطلٌ باطلٌ »[2] . رواه أبو داود وابن ماجة والأثرم .

فإن قيل: الحديث الأول يمكن حمله على نفي الكمال ، والثاني يدل بمفهومه على صحة النكاح بإذن الولي وأنتم لا تقولون به . ثم قد دل قوله تعالى: ﴿فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن﴾ [البقرة:٢٣٢] على صحة نكاحها . فصح منها ؛ كبيع أمتها .

قيل: مقتضى الحديث الأول نفي حقيقة النكاح ؛ إلا أنه لما لم يمكن ذلك وجب حمله على نفي الصحة ؛ لأنه أقرب إلى نفي الحقيقة . لا سيما إذا اعتضد بقوله في الحديث الآخر: « باطلٌ باطلٌ »[3] . ولقائل أن يقول: بل هو على مقتضاه

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٥) ٢: ٢٢٩ كتاب النكاح، باب في الولي .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠١) ٣: ٤٠٧ كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٨١) ١: ٦٠٥ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي .
وأخرجه أحمد في مسنده (١٩٧٦١) ٤: ٤١٨ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٣) ٢: ٢٢٩ كتاب النكاح، باب في الولي .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٢) ٣: ٤٠٧ كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧٩) ١: ٦٠٥ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٤١٧) ٦: ٦٦ .

(٣) سبق تخريجه قريبا.

في نفي الحقيقة ؛ لأن كلام الشرع محمول على الحقائق الشرعية لا على الحقائق اللغوية ، والحقيقة الشرعية لا توجد بغير ولي .

وأما الحديث الثاني فلا مفهوم له لأنه خرج مخرج الغالب . أشبه قوله تعالى: ﴿وربائبكم اللاتي في حُجُوركم﴾ [النساء:٢٣] .

وأما الآية فالعضل الامتناع من التزويج . ويدل عليه « أنها نزلت في معقل بن يسار حين امتنع من تزويج أخته فدعاه النبي ﷺ فزوجها »[١] .

وأما الإضافة إليهن ؛ فلأنهن محل له .

وأما كون المرأة إذا زوجت نفسها لا يصح على المذهب ؛ فلما تقدم من قوله: « لا نِكاحَ إلا بِوَلي »[٢] ، وقوله: « أيما امرأةٍ نكحتْ نفسَهَا بغيرِ إذنِ وليّها فنكاحُها باطلٌ باطلٌ باطلٌ »[٣] .

ولأن الولي شرط في النكاح . ولم يوجد .

وأما كونها إذا زوجت غيرها لا يصح على المذهب ؛ فلأنها إذا كانت قاصرة عن تزويج أمتها على روايةٍ . [فلأن تكون قاصرة عن تزويج غيرها بطريق الأولى .

وأما كونها لها تزويج أمتها على روايةٍ][٤] ؛ فلأنها مالكتها ، وولايتها عليها تامة . فكان لها تزويجها ؛ كالسيد .

ولأنها لها بيعها وإجارتها . فكان لها تزويجها ؛ كسيدها .

وأما كونها لها تزويج معتقتها على روايةٍ ؛ فلأن الولاية كانت لها عليها . فوجب استصحابها .

ولأن الولاء كالملك .

---

(١) عن معقل بن يسار قال: «كانت لي أخت تُخطب إليَّ فأتاني ابن عم لي، فأنكحتها إياه، ثم طلقها طلاقًا له رجعة، ثم تركها حتى انقضت عدتها، فلما خطبت إليَّ أتاني يخطبها فقلت: لا والله لا أُنكحها أبدًا، قال: ففيّ نزلت هذه الآية ﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن . . الآية﴾ قال: فكفرت عن يميني فأنكحتها إياه» .

أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٧) ٢: ٢٣٠ كتاب النكاح، باب في العضل .

(٢) سبق تخريجه قريباً.

(٣) سبق تخريجه قريباً.

(٤) زيادة يقتضيها السياق.

وأما كون صحة تزويج نفسها بإذن وليها وصحة تزويج غيرها بالوكالة يُخَرَّج من صحة تزويج نفسها من مُعْتَقِها . فلأنها إذا كانت أهلاً لمباشرة تزويج أمتها أو مُعْتَقِها . فلأن تكون أهلاً لتزويج نفسها وغيرها بالوكالة بطريق الأولى .

وأما كون الأول المذهب ؛ فلما تقدم .

ولأن العلة في منعها صيانتها عن مباشرة ما شعر بوقاحتها ورعونتها وميلها إلى الرجال . فوجب أن لا تباشر النكاح تحصيلاً لذلك .

والفرق بين تزويج أمتها ومعتقتها وبين تزويج نفسها أن الولاية عليها إنما ثبتت لتحصيل الكفاءة ، وذلك مفقود في الأمة والمعتقة .

قال: (وأحق الناس بنكاح المرأة الحرة أبوها ثم أبوه وإن علا . ثم ابنها وإن نزل . ثم أخوها لأبويها ثم لأبيها . وعنه : يقدم الابن على الجد ، والتسوية بين الجد والأخ ، وبين الأخ للأبوين والأخ للأب . ثم بنو الإخوة وإن سفلوا . ثم العم ثم ابنه . ثم الأقرب فالأقرب من العصبات على ترتيب الميراث . ثم المولى المنعم ثم عصباته من بعده الأقرب فالأقرب . ثم السلطان) .

أما كون أحق الناس بنكاح المرأة الحرة أباها ؛ فلأنه أكمل من غيره نظراً وأتمُّ شفقة ، ويختص بولاية المال ، ويجوز أن يشتري لها من ماله ، وله من مالها إذا كانت صغيرة .

ولأن الله تعالى جعل الولد موهوباً لابنه قال الله تعالى: ﴿ووهبنا له يحيى﴾ [الأنبياء:٩٠] ، وقال إبراهيم: ﴿الحمد لله الذي وهب لي على الكبر إسمعيل وإسحاق﴾ [إبراهيم:٣٩]، وقال النبي ﷺ : «أنتَ ومالُكَ لأبيك»[1] .

ولأن غير الأب : إما يدلي به ؛ كالجد والإخوة . وإما فرع بالنسبة إليه ؛ كالابن . ومن أدلى بشخص لا يثبت له معه حق . والأصل راجح على الفرع .

فإن قيل: الابن أولى بالميراث . فيجب أن يكون أولى بالنكاح .

قيل: الميراث اقتضى ذلك . وكمال شفقة الأب معارض له .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩١) ٢: ٧٦٩ كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، عن جابر بن عبدالله .
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٩٠٢) ٢: ٢٠٤ عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

فإن قيل: لم قيدت الولاية بكون المرأة حرة ؟

قيل: لأن ولي الأمة سيدها . وسيأتي ذكره إن شاء الله تعالى .

وأما كون أحق الناس بذلك بعد أبيها أباه وإن علا وهو الجد ؛ فلأن له إيلاداً وتعصيباً . أشبه الأب .

وأما كون أحق الناس بذلك بعد الجد ابنها ؛ فلأنه أولى بالميراث من غيره . فكذا في النكاح . ترك ذلك في الأب ؛ لكمال شفقته ، وفي الجد ؛ لأن له إيلاداً وتعصيباً . فيبقى فيما عداهما على مقتضاه .

وفي كونه أحق بذلك من غيره تنبيه على ثبوت ولايته . وصرح به المصنف في المغني .

ووجهه : ما روت أم سلمة « أنها لما انقضت عدتُها أرسلَ إليها رسولُ الله ﷺ يخطُبُها . فقالت : يا رسول الله ! ليسَ أحدٌ من أوليائي شاهد . قال: ليسَ من أوليائكِ شاهدٌ ولا غائبٌ يكرَهُ ذلك . فقالت لابنها : قمْ يا عمر ! فزوّجْ رسولَ الله ﷺ »[1] . رواه النسائي .

ولأنه عدلٌ من عصبتها . أشبه أخاها .

وأما كون أحق الناس[2] بذلك بعد ابنها ابنه وإن نزل ؛ فلما ذكر في أبيها .

وأما كون أحق الناس بعد ابنها وإن نزل أخاها لأبويها ثم لأبيها ؛ فلما ذكر أيضاً .

وأما كون الابن يقدم على الجد على روايةٍ ؛ فلأنه أولى بالميراث منه .

وأما كون الجد والأخ سواء على روايةٍ ؛ فلأنهما يستويان في الميراث . فيستويان في ولاية النكاح .

وأما كون الأخ من الأبوين والأخ من الأب سواء على روايةٍ ؛ فلأنهما استويا في الجهة التي تستفاد منها الولاية وهي العصوبة التي من جهة الأب . فاستويا في ولاية النكاح ؛ كما لو كانا من أب .

وأما قرابته من الأم فلا يرجح بها هنا ؛ لأنها لا مدخل لها في النكاح .

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٣٢٥٤) ٦: ٨١ كتاب النكاح، انكاح الابن أمه .

(٢) زيادة يقتضيها السياق.

فإن قيل: ما الصحيح من الروايتين ؟

قيل: صحح صاحب الخلاصة التسوية .

وقال المصنف في المغني: هو المنصوص .

ووجهه ما ذكر .

وظاهر كلامه رحمه الله تعالى هنا ترجيح الأخ للأبوين . وصرح به في المغني . ونقض عدم الترجيح بما لا مدخل له في الميراث بالولاء من حيث إنه يقدم الأخ للأبوين على الأخ للأب . مع أن النساء لا مدخل لهن في الولاء .

وأما كون أحق الناس بذلك بعد الأخ الإخوة وإن سفلوا ثم العم ثم ابنه ثم الأقرب فالأقرب من العصبات على ترتيب الميراث ؛ فلأنهم كذلك في الميراث . فكذلك في الولاية ؛ لأن الولاية مبناها على النظر والشفقة وذلك يعتبر بمظنته وهي القرابة . فمتى كان الإنسان أحق بالميراث فهو أحق بالولاية . ولا يُلزم عليه الأب لما تقدم من معاوضة كمال شفقته لذلك .

وأما كون أحق الناس بذلك بعد العصبات المولى المنعم ثم عصباته من بعده الأقرب فالأقرب ؛ فلأنهم أولى الناس بميراثه .

وفي قول المصنف رحمه الله تعالى: بعد المولى المنعم ثم عصباته الأقرب فالأقرب ؛ تنبيه على كون ابن المولى المنعم أحق من أبيه بخلاف النسب . وهو صحيح . صرح به المصنف وغيره .

ووجهه : أن مقتضى الدليل تقديم الابن على الأب لتقديمه عليه في الميراث . تُرك العمل به في السبب لرجحان الأب عليه بكمال الشفقة المعتمدة على القرابة ، وذلك منتفٍ هاهنا لعدم القرابة المرجحة .

وأما كون أحق الناس بذلك بعد المولى المنعم وعصباته السلطان ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « فالسلطانُ وليُّ من لا وليَّ له »[1] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٣) ٢: ٢٢٩ كتاب النكاح، باب في الولي .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٢) ٣: ٤٠٧ كتاب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧٩) ١: ٦٠٥ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٤٤١٧) ٦: ٦٦ .

وعن أم حبيبة « أن النجاشي زوّجَهَا رسول الله ﷺ وكانت عنده »[1] . رواه أبو داود .

ولأن السلطان له ولاية عامة . بدليل أنه يلي المال ويحفظ الضوال . فكانت له الولاية في النكاح ؛ كالأب .

والمراد بالسلطان هنا: الإمام أو الحاكم أو من فوّض أحدهما إليه ذلك .

قال: (فأما الأمة فوليها سيدها . فإن كانت لامرأة فوليها ولي سيدها . ولا يزوجها إلا بإذنها) .

أما كون ولي الأمة سيدها ؛ فلأنه يملك منافعها . فملك تزويجها ؛ كإجارتها .

وأما كون ولي الأمة إذا كانت لامرأة ولي سيدتها ؛ فلأنه قد ثبت أنه لا ولاية للمرأة . فوجب أن يليها ولي سيدتها ؛ لأنه أحق بالناس بها بعدها .

ولأنه إذا ثبت له الولاية على سيدتها . فلأن تثبت عليها بطريق الأولى .

وأما كونه لا يزوجها إلا بإذنها ؛ فلأنها مالها . ولا يجوز التصرف في مال الرشيدة بغير إذنها وبغير نطقها في هذا الإذن وإن كانت بكراً ؛ لأن صماتها إنما اكتفي به في تزويج نفسها لحيائها وهو مفقود هنا ؛ لأنها لا تستحي من تزويج أمتها .

قال: (ويشترط في الولي : الحرية ، والذكورية ، واتفاق الدين ، والعقل . وهل يشترط بلوغه وعدالته ؟ على روايتين) .

أما كون الولي يشترط فيه الحرية ؛ فلأن العبد لا ولاية له على نفسه . فعلى غيره أولى .

وأما كونه يشترط فيه الذكورية ؛ فلأن ولاية النكاح ولاية . والولاية يعتبر فيها الكمال . والمرأة قاصرة ناقصة تثبت الولاية عليها لقصورها عن النظر لنفسها . فلئلا تثبت لها ولاية على غيرها بطريق الأولى .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٦) ٢: ٢٢٩ كتاب النكاح، باب في الولي .

وأما كونه يشترط فيه اتفاق الدين . ومعناه: أن يكون مسلماً كالزوجة المسلمة، أو كافراً كالزوجة الكافرة ؛ فلأن الكافر لا ولاية له على المسلمة ؛ لأن الله تعالى قال: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾ [التوبة:٧١] .

قال ابن المنذر: أجمع عامة من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا .

قال الإمام أحمد: بلغنا « أن علياً أجاز نكاح الأخ ورد نكاح أب وكان نصرانياً ».

والمسلم لا ولاية له على كافرة ؛ لأن الله تعالى قال: ﴿والذين كفروا بعضُهم أولياءُ بعض﴾ [الأنفال:٧٣] .

وأما كونه يشترط فيه العقل فلا خلاف فيه ؛ لأن الولاية إنما تثبت نظراً للمولى عليه عند عجزه عن النظر لنفسه ، ومن لا عقل له لا يمكنه النظر ولا يلي نفسه . فغيره أولى .

ولا فرق بين من لا عقل له لصغر ؛ كالطفل ، وبين من ذهب عقله بجنون أو كبر كالشيخ إذا أفند[1] ؛ لاشتراك الكل في العدم . فأما المغمى عليه والذي يجنّ في بعض الأوقات فلا تزول ولايتهما : أما المغمى عليه ؛ فلأن مدته يسيرة . أشبه النوم . ولذلك لا تثبت الولاية عليه وتجوز على الأنبياء عليهم السلام .

وأما من يجنّ في بعض الأوقات ؛ فلأنه لا يستمر زوال عقله . أشبه المغمى عليه .

وأما كونه يشترط بلوغه على روايةٍ ؛ فلأن الولاية يعتبر لها كمال الحال ، ومن لم يبلغ قاصر لثبوت الولاية عليه .

وأما كونه لا يشترط على روايةٍ ؛ فلأنه إذا بلغ عشراً تصح وصيته وطلاقه وتثبت له الولاية كالبالغ .

قال المصنف في المغني: والأول اختيار أبي بكر وهو الصحيح .

وأما كونه يشترط عدالته على روايةٍ ؛ فلما روى ابن عباس أنه قال: « لا نِكاحَ إلا بولي مُرشِد »[2] .

---

(١) الفند : ضعف الرأي من الهرم . المصباح . مادة فند.

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٢٦ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين . ⇦

وعن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: « لا نكاحَ إلا بولي وشاهدَي عدلٍ . وأيما امرأةٍ أنكحَها وليٌّ مسخوطٌ عليه فنكاحُها باطل »[1] .

ولأنها ولاية نظرية . فلا يستبد بها الفاسق ؛ كولاية المال .

وأما كونه لا يشترط عدالته على روايةٍ ؛ فلأنه يلي نكاح نفسه . فتثبت الولاية على غيره ؛ كالعدل .

ولأن سبب الولاية القرابة ، وشرطها النظر . وهذا قريب ناظر . فوجب أن يلي ؛ كالعدل .

قال: (فإن كان الأقرب طفلاً أو كافراً أو عبداً : زوج الأبعد . وإن عضل الأقرب زوج الأبعد . وعنه : يزوج الحاكم) .

أما كون الأبعد يزوج إذا كان الأقرب طفلاً أو كافراً أو عبداً ؛ فلأن الأقرب فاقد لشرط الولاية فوجوده كعدمه . فوجب أن تثبت للأبعد ؛ كما لو مات الأقرب .

وأما كونه يزوج إذا عضل الأقرب على المذهب ؛ فلأنه تعذر التزويج من جهة الأقرب . فانتقل الولاية إلى الأبعد ؛ كما لو جُنّ .

ولأنه يفسق بالعضل . فتنتقل الولاية عنه ؛ كما لو شرب الخمر .

وأما كون الحاكم يزوج على روايةٍ اختارها أبو بكر ؛ فلقول رسول الله ﷺ: « فإن اشتَجَرُوا فالسلطانُ وليُّ من لا وليَّ له »[2] . والحاكم نائب عنه .

ولأن ذلك حق عليه امتنع من أدائه . فقام الحاكم مقامه ؛ كما لو كان عليه دين امتنع من قضائه .

والأول أصح ؛ لما ذكر .

⇨

وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٥٩١٧) ٣: ٤٤١ كتاب النكاح، من قال: لا نكاح إلا بولي أو سلطان . ولفظه: «لا نكاح إلا بولي أو سلطان مرشد » .

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٢٤ كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي مرشد .

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٦٢.

والحديث لا حجة فيه ؛ لأنه قال: « وليٌّ من لا وليَّ له » وهذه لها ولي . ثم يمكن حمله على ما إذا عضل الكل . ويؤيده قوله: « فإن اشتَجَرُوا » ؛ لأنه ضمير جمع .

والفرق بين الولاية والدَّين من وجوه:

أحدها: أن الولاية حق للولي ، والدَّين حق عليه .

وثانيها: أن الولاية تنتقل عنه لعارض من فسق أو جنون أو موت ، والدَّين لا ينتقل .

وثالثها: أن الولاية يعتبر في بقائها العدالة وقد زالت بالعضْل ، والدَّين لا يعتبر في بقائه ذلك .

قال: (**وإن غاب غيبة منقطعة زوج الأبعد . وهي: ما لا تُقطع إلا بكلفة ومشقة في ظاهر كلامه . وقال الخرقي: ما لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه . وقال القاضي: ما لا تقطعه القافلة في السنة إلا مرة . وعن أحمد: إذا كان الأب[1] بعيد السفر زوج الأبعد فيحتمل أنه أراد ما تقصر فيه الصلاة**) .

أما كون الأبعد يزوج إذا غاب الأقرب غيبة منقطعة ؛ فلأن الأقرب تعذر التزويج منه . فوجب أن ينتقل إلى من يليه ؛ كما لو جُنّ أو مات .

وأما كون الغيبة المنقطعة هي ما لا تقطع إلا بكلفة ومشقة في ظاهر كلام الإمام أحمد ؛ فلأن التحديدات توقيفية ، ولا توقيف في هذه المسألة . فوجب الرد إلى ما يتعارف الناس . وهو ما ذكر .

قال المصنف في المغني: هذا أقرب الأقوال إلى الصواب . ونسبه إلى أبي بكر .

وأما كونها ما لا يصل إليه الكتاب أو يصل فلا يجيب عنه في قول الخرقي ؛ فلأن مثل هذا متعذر مراجعته . فتكون منقطعة .

وأما كونها ما لا تقطعه القافلة في السنة إلا مرة في قول القاضي ؛ فلأن الكفء يُنتظر سنة ولا ينتظر أكثر منها . فيلحق الضرر بترك تزويجها .

---

(١) زيادة من المقنع .

وأما كون ما تقصر فيه الصلاة يحتمل أن يراد من قول أحمد: إذا كان الأب بعيد السفر زوج الأبعد ؛ فلأن ذلك هو السفر البعيد الذي علقت عليه الأحكام .

قال: (ولا يلي كافر نكاح مسلمة بحال ؛ إلا إذا أسلمت أم ولده في وجه) .

أما كون[1] الكافر لا يلي نكاح مسلمة غير أم ولده ؛ فلأنه لا ولاية لكافر عليها البتة ؛ لأن الله تعالى قال: ﴿والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض﴾ [التوبة: ٧١] .

ولأن ابن المنذر قال: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم .

وأما كونه لا يلي نكاح أم ولده في وجه ؛ فلما ذكر من الآية .

ولأنها مسلمة . فلا يلي نكاحها ؛ كابنته .

فعلى هذا يزوجها الحاكم .

وأما كونه يليه في وجه ؛ فلأنها مملوكته . فيلي نكاحها ؛ كالمسلم .

ولأنه عقد عليها . فيليه ؛ كإجارتها .

قال: (ولا يلي مسلم نكاح كافرة إلا سيد الأمة أو ولي سيدتها أو السلطان) .

أما كون المسلم لا يلي نكاح كافرة إذا لم يكن سيد أمة أو ولي سيدتها أو السلطان ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿والذين كفروا بعضُهم أولياءُ بعض﴾ [الأنفال:٧٣] .

ولأن مختلفي الدين لا يرث أحدهما الآخر ولا يعقل عنه . فلم يل عليه ؛ كما لو كان أحدهما رقيقا .

وأما كونه يلي ذلك إذا كان سيد الأمة ؛ فلأنه عقد على منافعها . فوليه وإن اختلف ديناهما ؛ كإجارتها .

وأما كونه يلي ذلك إذا كان ولي سيدتها ؛ فلأنه يلي نكاح سيدها . فلأن يلي نكاحها بطريق الأولى .

وأما كونه يلي ذلك إذا كان السلطان ؛ فلأن ولايته عامة على أهل دار الإسلام ، والكافرة من أهل الدار . فثبتت له الولاية عليها ؛ كالمسلمة .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

قال: (ويلي الذميُّ نكاح موليته الذمية من الذميِّ. وهل يليه من مسلم على وجهين).

أما كون الذمي يلي نكاح موليته الذمية من الذمي ؛ فلأنه مساوٍ لها . فوليه ؛ كالمسلم ولي المسلمة .

وأما كونه يليه من مسلم على وجه فللمساواة المذكورة .

وأما كونه لا يليه على وجه ؛ فلأن فيه صغاراً على المسلم .

قال: (وإذا زوج الأبعد من غير عذر للأقرب ، أو زوج أجنبي : لم يصح . وعنه : يصح ويقف على إجازة الولي).

أما كون ما ذُكر لا يصح على المذهب ؛ فلأنه تصرف في حق الغير بغير إذنه . فلم يصح ؛ كما لو باع ماله .

وقول المصنف رحمه الله تعالى: من غير عذر للأقرب ؛ فيه تنبيه على أنه إذا كان معذوراً بأن كان غائباً أو ما أشبه ذلك يصح نكاح الأبعد . وقد تقدم بيانه .

فإن قيل: فقد عطف الأجنبي عليه فيجب أن يساويَ الأبعد في ذلك .

قيل: لا ؛ لأن الغيبة تجعل الأقرب كالمعدوم . فيتحقق الأبعد . وهذا المعنى مفقود في الأجنبي . والعطف يقتضي مساواة المعطوف المعطوف عليه في أصل العطف لا في كل ما يتعلق به .

وأما كونه يصح ويقف على إجازة الولي على روايةٍ ؛ فلأنه عقد معاوضة . فصح ووقف على الإجازة ؛ كالبيع في روايةٍ .

ولأنه عقد يقف على الفسخ . فصح ووقف على الإجارة ؛ كالوصية .

والبيع من الأجنبي لا يصح على الصحيح .

والفرق بين هذا وبين الوصية أن الوصية يتراخى فيها القبول وتجوز بعد الموت فهي معدول بها عن سائر التصرفات .

قال: (ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه وإن كان حاضراً. ووصيه في النكاح بمنزلته. وعنه: لا تستفاد ولاية النكاح بالوصية. وقال ابن حامد: لا يصح إلا أن لا يكون لها عصبة).

أما كون وكيل كل واحدٍ من الأولياء يقوم مقامه وإن كان حاضراً ؛ فلأن الوكالة في النكاح تصح ؛ «لأن النبي ﷺ وكّل أبا رافع في تزويج ميمونة »[1] . و « وكّل عمرو بن أمية في تزويج أم حبيبة »[2] .

ولأنه عقد معاوضة . فصح التوكيل فيه ؛ كالبيع . وإذا صحت الوكالة فيه قام الوكيل مقامه كالوكيل في البيع وغيره .

ولا فرق في الصحة بين الوكالة في القبول وبين الوكالة في الإيجاب ، ولا بين كونها مُطْلقة ؛ مثل : أن يوكله في تزويج من يرى بشرطه ، وبين كونها مؤقتة ؛ مثل : أن يوكله في تزويج رجل بعينه أو امرأة بعينها ، ولا بين كون الولي مجبراً ؛ كالأب ، أو غير مجبر ؛ كالجد ونحوه ؛ لأن الكل سواء معنى فكذا يجب أن يكون حكماً .

وفي قول المصنف: ووكيل كل واحد من هؤلاء يقوم مقامه ؛ إشعارٌ بأن وكيل المجبر يملك الإجبار ووكيل غير المجبر لا يملك الإجبار لأنه أقام مقام نفسه . فوجب أن يثبت له ما هو لموكله .

وفي قوله: وإن كان حاضراً تنبيه على أن الوكالة ليس من شرطها الغيبة .

ولأن الحاجة كما تدعو إلى الوكالة للغيبة . فكذلك تدعو إليها مع الحضور لكون الموكل يأنف مباشرة العقد ومثله لم تجر العادة بمباشرته .

وأما كون وصي كل واحد من الأولياء في النكاح بمنزلته على المذهب واختاره الخرقي ؛ فلأنها ولاية نائبه . فجازت وصيته بها ؛ كولاية المال .

ولأن الوصية نيابة بعد الموت . فجازت الوصية بها ؛ كالوكالة .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (٨٤١) ٣: ٢٠٠ كتاب الحج، باب ما جاء في كراهية تزويج المحرم . وأخرجه أحمد في مسنده (٢٧٢٤٠) ٦: ٣٩٣ .

(٢) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٣٩ كتاب النكاح، باب الوكالة في النكاح .

وأما كون ولاية النكاح لا تستفاد بالوصية على روايةٍ ؛ فلأنها ولاية تنتقل إلى غيره . فلم يجز أن يوصى بها ؛ كالحضانة .

ولأنه لا ضرر على الوصي في تضييعها ووضعها عند من لا يكافئها . فلم تثبت له الولاية ؛ كالأجنبي .

وأما كونها لا تصح على قول ابن حامد إذا كان لها عصبة ؛ فلأنه يسقط حقهم .

وأما كونها تصح إذا لم يكن لها عصبة فلعدم ذلك .

قال: (**وإذا استوى الأولياء في الدرجة صح التزويج من كل واحد منهم . والأولى تقديم أفضلهم ثم أسنهم . وإن تشاحوا أقرع بينهم . فإن سبق غير من وقعت له القرعة فزوج صح في أقوى الوجهين**) .

أما كون التزويج من كل واحد من الأولياء يصح إذا استووا في الدرجة كالإخوة وبنيهم والأعمام وبنيهم ؛ فلأن القرابة متحققة في كل واحد منهم .

وأما الأولى تقديم أفضلهم ؛ فلأنه أكمل من المفضول .

وأما كون الأولى بعد ذلك تقديم أسنهم ؛ فلأنه شيء يقدم به في غير هذا الموضع فكذا هاهنا .

وقد نبّه النبي ﷺ على ترجيح الأسن في حديث محيصة وحويصة وعبدالرحمن بن سهل ؛ لأنه لما تكلم عبدالرحمن وكان أصغرهم قال: « كبّر كبّر -أي قدّم الأكبر- فتكلّم حويصة »[1] .

وأما كونهم إذا تشاحوا يقرع بينهم ؛ فلأن الحقوق إذا تساوت شرعت القرعة . دليله أن النبي ﷺ « كان يُقرعُ بين نسائهِ إذا سَافر »[2] ؛ لأن حقوقهم متساوية .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٠٠٢) ٣: ١١٥٨ كتاب الجزية، باب الموادعة والمصالحة مع المشركين بالمال وغيره . .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٦٦٩) ٣: ١٢٩٤ كتاب القسامة، باب القسامة .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٥٣) ٢: ٩١٦ كتاب الهبة، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها . .
وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٧٧٠) ٤: ٢١٢٩ كتاب التوبة، باب في حديث الإفك وقبول توبة القاذف .

وأما كون غير من وقعت له القرعة إذا سبق فزوج يصح في وجه ؛ فلأن القرعة لم تبطل ولايته . فلم يبطل نكاحه .

وأما كونه لا يصح في وجه ؛ فلأن القرعة تعين المستحق . فلم يكن لغيره التزويج ؛ لتعين غيره .

وأما كون الأول أقوى ؛ فلأنه تزويج صدر من ولي كامل الولاية . فصح ؛ كما لو انفرد .

قال: (وإن زوج اثنان ولم يعلم السابق منهما فسخ النكاحان . وعنه : يقرع بينهما فمن قرع أُمر الآخر بالطلاق ثم يجدد القارع نكاحه) .

أما كون النكاحين فيما ذُكر يفسخان على المذهب ؛ فلأن كل واحد منهما يحتمل أن يكون نكاحه هو الصحيح ولا سبيل إلى الجمع ولا معرفة الزوج فيفسخ لإزالة الزوجية .

وأما كونهما يقرع بينهما على روايةٍ ؛ فلأن القرعة تزيل الإبهام .

وأما كون من لم يقرع يؤمر بالطلاق فلاحتمال أنه هو الزوج . فيكون من قرع ناكحاً زوجة غيره .

وأما كون القارع يجدد نكاحه ؛ فلأن المزوجة إن كانت زوجته لم يضره ذلك وإن لم تكن زوجته صارت زوجته بالتجديد .

قال: (وإذا زوج السيد عبده الصغير من أمته جاز أن يتولى طرفي العقد . وكذلك ولي المرأة مثل ابن العم والمولى والحاكم إذا أذنت له في نكاحها فله أن يتولى طرفي العقد . وعنه : لا يجوز حتى يوكل غيره في أحد الطرفين) .

أما كون السيد إذا زوج عبده الصغير من أمته يجوز أن يتولى طرفي العقد ؛ فلأنه ملك ذلك بحكم المُلك لا بحكم الإذن .

وأما كون غيره ممن ذكر إذا أذنت له موليته في نكاحها : له ذلك على المذهب ؛ فـ « لأن عبدالرحمن بن عوف قال لأمّ حكيم ابنة قارظٍ : أتجعلينَ أمرَكِ إليَّ ؟ قالت : نعم . قال : تزوجتُك »[1] . رواه البخاري .

---

(١) ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً ٥: ١٩٧٢ كتاب النكاح، باب إذا كان الولي هو الخاطب .

ولأنه يملك الإيجاب والقبول . فجاز أن يتولاهما ؛ كما لو زوج السيد عبده الصغير من أمته .

ولأنه عقد وُجد فيه الإيجاب من ولي ثابت الولاية ، والقبول من زوج هو أهل للقبول . فصح ؛ كما لو وجدا من رجلين .

وقد روي « أن النبي ﷺ أعتقَ صفيةَ وجعلَ عتقَها صداقَها »[١] .

وإنما اشترط[٢] الإذن في النكاح ؛ لأن من ذكر لا يملك الإجبار عليه .

ولا يدفع الإذن المذكور الإذن لوليها أن ينكحها نفسه ؛ لأن الإذن المطلَق لا يجوز معه[٣] أن يُنكحها نفسه لأن قرينة الحال تؤذن بإنكاح الغير .

وأما كونه لا يجوز حتى يوكل غيره في أحد الطرفين على روايةٍ ؛ فلما روي عن عبدالملك بن عمير « أن المغيرةَ بن شعبة أمرَ رجلاً أن يزوّجه امرأة . المغيرة أولى بها منه »[٤] . رواه أبو داود .

ولأنه عقد ملكه بالإذن . فلم يجز أن يتولى طرفيه ؛ كالبيع .

ولأنه يروى أن النبي ﷺ قال: « كلُ نكاحٍ لا يحضرهُ أربع فهو سِفاح : زوج ، وولي ، وشاهدان » .

قال: (وإذا قال السيد لأمته : أعتقتك وجعلت عتقك صداقك صح . وإن طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف قيمتها . وعنه : لا يصح حتى يستأنف نكاحها بإذنها فإن أبت ذلك فعليها قيمتها) .

أما كون السيد إذا قال لأمته ما تقدم ذكره يصح على المذهب ؛ فـ « لأن النبي ﷺ أعتقَ صفيةَ وجعل عتقَها صداقَها »[٥] متفق عليه .

---

(١) سيأتي تخريجه قريباً.

(٢) في أ: اشترطت .

(٣) في أ : لأن الإذن المطلقة لا يجوز معها.

(٤) ذكره البخاري في صحيحه تعليقاً ٥: ١٩٧٢ كتاب النكاح، باب إذا كان الولي هو الخاطب.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٦٤) ٤: ١٥٣٨ كتاب المغازي، باب غزوة خيبر .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٦٥) ٢: ١٠٤٥ كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها .

وأما كونه يرجع عليها بنصف قيمتها إذا طلقها قبل دخوله بها ؛ فلأن الطلاق قبل الدخول يقتضي الرجوع في نصف ما فرض لها ، وقد فرض لها نفسها ولا سبيل إلى الرجوع في الرق بعد زواله . فرجع بنصف قيمة نفسها .

والعبرة بالقيمة حالة الإعتاق لأنها حالة الإتلاف .

وأما كون السيد إذا قال ما تقدم ذكره لا يصح حتى يستأنف نكاحها بإذنها على روايةٍ ؛ فلأنه لم يوجد إيجاب وقبول . فلم يصح ؛ لعدم وجود أركانه كما لو قال: أعتقتك وسكت .

ولأنها بالعتق تملك نفسها . فيجب أن يعتبر رضاها ؛ كما لو فصل بين العتق وجَعْلِه صداقاً .

وأما كونها عليها قيمتها إذا أبت ذلك ؛ فلأنه أزال ملكه بعوض لم يسلم له . فرجع إلى قيمته ؛ كالبيع الفاسد .

فصل [الشرط الرابع]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**الرابع: الشهادة . فلا ينعقد إلا بشاهدين عدلين ذكرين بالغين عاقلين وإن كانا ضريرين . وعنه : ينعقد بحضور فاسقين ، ورجل وامرأتين ، ومراهقَيْن عاقلَيْن**) .

أما كون الرابع من شروط النكاح: الشهادة ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « لا نِكاحَ إلا بولي وشاهدَي عدل »[1] . رواه الخلال بإسناده .

وعن عائشة عن النبي ﷺ أنه قال: « لا بُدَّ في النكاحِ من أربعة : الولي ، والزوج ، والشاهدان »[2] . رواه الدارقطني .

ولأنه يتعلق به حق غير المتعاقدين وهو الولد . فاشترطت الشهادة فيه ؛ لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه . بخلاف البيع .

وأما كونه لا ينعقد إلا بشاهدين عدلين على المذهب فلقوله: « وشاهدَي عدل »[3] .

ولأن النكاح لا يثبت بشهادة فاسقين . فلم ينعقد بحضورهما ؛ كالمجنونين .

وأما كونه ينعقد بحضور فاسقين على روايةٍ ؛ فلأنه ينعقد بالشهادة على روايةٍ . فلأن ينعقد بحضور فاسقين على روايةٍ بطريق الأولى .

ولأن الشهادة على النكاح تَحَمّل . فصحت من الفاسق ؛ كسائر التحملات .

قال المصنف في المغني: وعلى كلتي الروايتين لا تعتبر حقيقة العدالة بل ينعقد بحضور مستوري الحال ؛ لأن النكاح يكون في القرى والبادية وبين عامة الناس ممن

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٦٥.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩) ٣: ٢٢٤ كتاب النكاح .

(٣) سبق تخريجه ص: ٥٦٥.

لا يعرف بحقيقة العدالة . فاعتبار ذلك يشق . فاكتفي بظاهر الحال ، وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه .

وأما كونه لا ينعقد إلا بحضور ذكرين على المذهب ؛ فلما روى الزهري قال: « مضت السنةُ من رسول الله ﷺ أن لا تجوزَ شهادة النساءِ في الحدودِ ، ولا في النكاحِ ، ولا في الطلاق » . رواه أبو عبيد في الأموال .

ولأنه عقد ليس بمال ولا المقصود منه المال ويحضره الرجال في غالب الأحوال . فلم ينعقد بشهادة النساء ؛ كالحدود .

وأما كونه ينعقد بحضور رجل وامرأتين على روايةٍ ؛ فلأنه عقد معاوضة . فانعقد بشهادة رجل وامرأتين ؛ كالبيع .

وأما كونه لا ينعقد إلا بحضور بالغين عاقلين على المذهب ؛ فلأن الصبي ليس من أهل الشهادة .

وأما كونه ينعقد بحضور مراهقَيْن عاقلَيْن على روايةٍ ؛ فلأن المراهق العاقل يصح تحمله . أشبه شهادته على البيع .

وأما كونه ينعقد بما تقدم ذكره وإن كانا ضريرين ؛ فلأنها شهادة على قول . فصحت من الضريرين ؛ كالشهادة بالاستفاضة .

قال: (ولا ينعقد نكاح مسلم بشهادة ذميين . ويتخرج أن ينعقد إذا كانت المرأة ذمية) .

أما كون نكاح المسلم لا ينعقد بشهادة ذميين ؛ فلعموم قوله ﷺ: « وشاهدَي عدل »[1] .

ولأنه نكاح مسلم . فلم ينعقد بشهادة ذميين ؛ كنكاح المسلمين .

وأما كونه يتخرج أن ينعقد إذا كانت المرأة ذمية ؛ فلأن شهادة بعض أهل الذمة تقبل على بعض في روايةٍ .

(١) سبق تخريجه ص: ٥٦٥.

قال: (ولا ينعقد بحضور أصمّين ولا أخرسين. وهل ينعقد بحضور عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما ؟ على وجهين. وعنه : أن الشهادة ليست من شروط النكاح).

أما كون النكاح لا ينعقد بحضور أصمّين ؛ فلأنهما لا يسمعان العقد. فكان وجودهما كعدمهما.

وأما كونه لا ينعقد بحضور أخرسين ؛ فلأنهما لا يتمكنان من الأداء.

وأما كونه ينعقد[1] بحضور عدوين أو ابني الزوجين أو أحدهما على وجه ؛ فلعموم قوله عليه السلام: « إلا بولي وشاهدَي عدل »[2].

ولأنه ينعقد بهما نكاح غير هذا الزوج. فانعقد بهما نكاحه ؛ كسائر العدول.

وأما كونه لا ينعقد بما ذُكر على وجه ؛ فلأن العدو لا تقبل شهادته على عدوه ، والابن لا تقبل شهادته لوالده.

وأما كون الشهادة ليست من شروط النكاح على روايةٍ ؛ فلأن النبي ﷺ تزوّجَ صفيةَ بغير شهود[3].

ولأن الحسن بن علي وابن عمر وابن الزبير فعلوه.

ولأنه عقد معاوضة. أشبه البيع.

---

(١) في أ: لا ينعقد.

(٢) سبق تخريجه ص: ٥٦٥.

(٣) سبق ذكره ص: ٥٧٢.

فصل [الشرط الخامس]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (الخامس: كون الرجل كفءاً لها في إحدى الروايتين. فلو رضيت المرأة والأولياء بغيره لم يصح، والثانية: ليس بشرط. وهي أصح، لكن إن لم ترض المرأة والأولياء جميعهم فلمن لم يرض الفسخ، فلو زوج الأب بغير كفء برضاها فللإخوة الفسخ. نص عليه).

أما كون الخامس من شروط النكاح: كون الرجل كفءاً للمرأة في إحدى الروايتين؛ فلأن عمر رضي الله عنه قال: « لأمنعن تزوّجَ ذواتِ الأحسابِ إلا من الأكفاء »[1]. رواه الخلال.

و « لأن سلمان قال لجرير: إنكم يا معشرَ العرب لا نتقدمُ في صلاتكُم ولا ننكح نساءكم. إن الله فضلكُم علينا بمحمدٍ ﷺ ».

وعن النبي ﷺ: « لا تُنكحُوا النساء إلا الأكْفاءَ، ولا يزوّجُهن إلا الأولياء »[2]. رواه الدارقطني. وقد ضُعّف. ذكره ابن عبدالبر.

فعلى هذا لو رضيت المرأة والأولياء بغير كفء لم يصح؛ لأن ما كان شرطاً لا يسقط برضى أحد.

ولأن التزويج مع فقد الكفاءة تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذنه. فلم يصح؛ كما لو زوجت المرأة بغير إذنها.

وأما كون ذلك ليس بشرط في روايةٍ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾ [الحجرات:١٣].

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٩٥) ٣: ٢٩٨ كتاب النكاح، باب المهر.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (١١) ٣: ٢٤٥ الموضع السابق.

و « لأن النبي ﷺ أمر فاطمة بنت قيس أن تنكحَ أسامة بن زيد مولاه . فنكحَها بأمره »[1] متفق عليه .

و « زَوَّجَ أباهُ زيد بن حارثة ابنة عمته زينب بنت جحش الأسدية »[2] .

ولأن الكفاءة لا تخرج عن كونها حقاً للمرأة أو للأولياء أو لهما . فلم يشترط وجودها ؛ كالسلامة من العيوب .

وأما كون هذه الروايةِ أصح . والمراد به عند المصنف لا في المذهب ؛ فلأن ما ذكر في الأولى يمكن حمله على الاعتبار في الجملة لا على الاشتراط .

وأما كون من لم يرضَ من الأولياء له الفسخ ؛ فلأنه يلحقه بذلك عار ويأتيه صغار . فملك الفسخ رفعاً لذلك .

ولأنه نقص وقع في العقد . فأثبت الخيار ؛ كالعيب .

و « لأن رجلاً زوج ابنته ليرفع خَسِيسَتَهُ فجعل لها النبي ﷺ الخيار »[3] .

وأما كون الإخوة لهم الفسخ على المنصوص إذا زوج الأب المرأة بغير كفء برضاها ؛ فلأن الأخ ولي في حال يلحقه العار بفقد الكفاءة . فملك الفسخ ؛ كالولي المساوي .

قال: (والكفاءة : الدين والمنصب . فلا تزوج عفيفة بفاجر ولا عربية بعجمي . والعرب بعضهم لبعض أكْفاء ، وسائر الناس بعضهم لبعض أكْفاء . وعنه : لا تزوج قرشية لغير قرشي ، ولا هاشمية لغير هاشمي . وعنه : أن الحرية والصناعة واليسار من شروط الكفاءة ، فلا تزوج حرة بعبد ، ولا بنت بزاز بحجام ، ولا بنت تانئ بحائك ، ولا موسرة بمعسر) .

أما كون الدِّين . وهو : العفة من الكفاءة فلا خلاف فيه في المذهب ؛ لأن الفاسق مرذول مردود الشهادة والرواية . غير مأمون على النفس والمال . مسلوب

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٨٠) ٢: ١١١٤ كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثًا لا نفقة لها . ولم أره في البخاري .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٠٦) ٣: ٣٠١ كتاب النكاح، باب المهر .

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٣٢٦٩) ٦: ٨٦ كتاب النكاح، البكر يزوجها أبوها وهي كارهة .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧٤) ١: ٦٠٢ كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة .

الولايات . ناقص عند الله وعند خلقه . قليل الحظ في الدنيا والآخرة . ولا يجوز أن يكون كفءاً للعفيفة .

فعلى هذا لا تزوج عفيفة بفاجر ؛ لفقد العفة التي هي من الكفاءة .

وأما كون المنصب وهو النسب من الكفاءة لا خلاف فيه أيضاً في المذهب ؛ فلأن عمر رضي الله عنه قال: « لأمنعنَ ذواتَ الأحسابِ إلا من الأكْفاء . قيل له : وما الأكفاء ؟ قال: في الحسَب ». رواه أبو بكر عبدالعزيز بإسناده .

ولأن العرب يعدون الكفاءة في النسب ، ويأنفون من نكاح الموالي ، ويرون ذلك نقصاً وعاراً . فوجب أن تعتبر في الكفاءة ؛ كالدِّين .

فعلى هذا لا يزوج عربية بعجمي ؛ لفقد النسب الذي هو من الكفاءة .

وأما كون العرب بعضهم لبعض أكفاء على المذهب ؛ فلأن النبي ﷺ زوج ابنته عثمان ، وزوج أبا العاص ابن الربيع زينب وهما من بني عبد شمس ، وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم ، وتزوج عبدالله بن عمر بن عثمان فاطمة ابنة الحسين بن علي ، وتزوج مصعب بن الزبير أختها سكينة ، وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة ابنة الزبير بن عبدالمطلب ابن عمة رسول الله ﷺ ، وتزوج أسامة بن زيد فاطمة بنت قيس وهي قرشية .

ولأن سائر الناس بعضهم لبعض أكفاء إن تفاضلوا في شرف بعضهم على بعض . فكذلك العرب .

وأما كون القرشية لا تزوج لغير قرشي والهاشمية لغير هاشمي على روايةٍ ؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « إن الله اصطفَى كِنانةَ من ولدِ إسماعيلَ ، واصطفَى من كِنانةَ قُريشاً ، واصطفَى من قريشٍ بني هاشِم »[1] .

ولأن العرب فضلت الأمم برسول الله ﷺ ، وقريش أخص به من سائر الناس ، وبنو هاشم أخص به من قريش .

والأول أولى ؛ لأن الثاني يدل على الفضيلة لا على أنها من الكفاءة ، وإلا لما كان لفاطمة مكافئ .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (٢٢٧٦) ٤: ١٧٨٢ كتاب الفضائل، باب فضل نسب النبي ﷺ .
وأخرجه الترمذي في جامعه (٣٦٠٥) ٥: ٥٨٣ كتاب المناقب، باب في فضل النبي ﷺ .

وأما كون الحرية من شروط الكفاءة على روايةٍ ؛ فلأن النبي ﷺ خيّر بريرة حين عتقت تحت عبدٍ[1] . ولو لم يكن للحرية أثر لما كان كذلك .

ولأن نقص الرق كبير وضرره بيِّن . فإنه مشغول عن امرأته بحقوق سيده ، ولا ينفق نفقة الموسرين ، ولا ينفق على ولده .

وأما كون الصناعة من شروطه على روايةٍ ؛ فلأن الحياكة والحجامة والحراسة والكساحة والدباغة والزبالة والقيافة نقص بالنسبة إلى أصحاب الصنائع الجليلة كالتجارة في عرف الناس . أشبه نقص النسب . وقد جاء في حديث: « العربُ بعضهم لبعضٍ أكفاء إلا حَائِكًا أو حجّامًا »[2] .

قيل للإمام أحمد: كيف تأخذ به وأنت تضعفه ؟

قال: العمل عليه . يعني أنه ورد موافقًا لأهل العرف .

وأما كون اليسار من شروطه على روايةٍ ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « الحسَبُ المالُ »[3] ، وقال: « إن أحسابَ الناسِ بينهم في هذه الدنيا هذا المال »[4] ، وقال لفاطمة بنت قيس لما أخبرته أن معاوية خطبها: « أما معاوية فصعلوكٌ لا مالَ له »[5] .

ولأن على الموسرة ضرراً في إعسار زوجها لإخلاله بنفقتها ومؤونة أولاده . ولهذا ملكت الفسخ لإخلاله بالنفقة . فكذلك إذا كان مقارناً .

ولأن ذلك في عرف الناس يتفاضلون فيه كتفاضلهم في النسب وأبلغ . قال ابن الحجاج السهمي:

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٣٤) ٢: ٢٧٠ كتاب الطلاق، باب في المملوكة تعتق وهي تحت حر أو عبد .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٧٩٦) ٦: ٢٠٩ .

(٢) أخرجه ابن عبدالبر في التمهيد ١٩: ١٦٥. وقال: هذا منكر موضوع.

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٣٢٧١) ٥: ٣٩٠ كتاب تفسير القرآن، باب ومن سورة الحجرات .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٤٢١٩) ٢: ١٤١٠ كتاب الزهد، باب الورع والتقوى .

(٤) أخرجه النسائي في سننه (٣٢٢٥) ٦: ٦٤ كتاب النكاح، الحسب .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٤٨١) طبعة إحياء التراث .

(٥) سبق تخريجه ص: ٥٤٤.

قلَّ مالي. قد جئتماني بنكر ... سألتَاني الطلاق أن رأتاني[1]
ومن يفتقر يعش عيش ضر ... ويْكأن من يكن له نسب يحبب

فكان من شروطه الكفاءة ؛ كالنسب .

فعلى هذا لا تزوج حرة بعبد ؛ لانتفاء الحرية في العبد ، ولا بنت بزاز بحجام ؛ لانتفاء الاستواء في الصنعة ، ولا بنت تانئ بحائك ؛ لانتفاء اليسار . لا يقال: الحائك قد يكون موسراً لأن الغالب عليه خلاف ذلك ، والعبرة بالغالب .

فإن قيل: ما التانئ ؟

قيل: كثير المال .

(١) زيادة من الشرح الكبير ٧: ٤٦٩ .

باب المحرمات في النكاح

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**وهن ضربان: محرمات على الأبد. وهن أربعة أقسام: أحدها: المحرمات بالنسب**).

أما كون المحرمات ضربين؛ فلأن منهن من يحرم في كل حال وذلك هو المراد بالمحرمات على الأبد، ومن يحرم في حال ويحل في حال. وذلك هو المراد بقوله بعدُ: الضرب الثاني: المحرمات إلى أمد.

وأما كون المحرمات على الأبد أربعة أقسام؛ فلأن منهن من يحرم بالنسب، ومن يحرم بالرضاع، ومن يحرم بالمصاهرة، ومن يحرم بالملاعنة. وسيأتي تفصيل ذلك في مواضعه إن شاء الله تعالى.

وأما كون أحد الأقسام الأربعة: المحرمات بالنسب؛ فظاهر.

والأصل في تحريمهن الكتاب والسنة والإجماع: أما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم ... الآية﴾ [النساء:٢٣].

وأما السنة؛ فما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إن الرَّضاعةَ تحرِّمُ ما تحرِّمُ الولادة»[١].

وأما الإجماع فأجمعت الأمة على تحريم ما نص الله على تحريمه.

قال: (**وهن سبع: الأمهات. وهن: الوالدة والجدات من قبل الأب والأم وإن علون، والبنات من حلال أو حرام وبنات الأولاد وإن سفلوا، والأخوات من**

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٣٨) ٣: ١١٣١ أبواب الخمس، باب ما جاء في بيوت أزواج النبي ﷺ.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٤٤) ٢: ١٠٦٨ كتاب الرضاع، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة.

الجهات الثلاث ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت وأولادهم وإن سفلوا ، والعمات ، والخالات وإن علون . ولا تحرم بناتهن).

أما كون المحرمات بالنسب سبعاً ؛ فلأنهن الأمهات ، والبنات ، والأخوات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت ، والعمات ، والخالات .

وأما كون الأمهات من المحرمات بالنسب فلقوله تعالى: ﴿حرمت عليكم أمهاتكم﴾ [النساء:٢٣] . ويدخل في ذلك الوالدة ؛ لأن اسم الأم[1] حقيقة فيها ، والجدات أم الأم وأم الأب وإن علت درجتهن ؛ لأن الاسم يصح أن يتناولهن . وقد جاء : « أن أبا هريرة ذكر هاجر أم إسماعيل فقال: تلكَ أُمُّكمْ يا بني ماءِ السماء »[2] . وفي الدعاء: « اللهم! صلّ على أبينا آدم وأمّنا حواء » .

وأما كون البنات منهن ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وبناتُكم﴾ [النساء:٢٣] . ويدخل في ذلك القريبة والبعيدة ، وبنت الابن وإن نزلت الدرجة ؛ لأن كل امرأة بنت آدم كما أن كل رجل ابن آدم . قال الله تعالى: ﴿يا بني آدم﴾ [الأعراف:٢٦].

ولا فرق بين كون البنت من حلال أو حرام لأن قوله تعالى: ﴿وبناتُكم﴾ [النساء:٢٣] يشملها .

ولأن البنت من الحرام ابنة مخلوقة من مائه . أشبهت البنت من الحلال .

ولأن المخلوق من مائه حقيقة لا يختلف بالحل والحرمة . ويدل عليه « قول النبي ﷺ في امرأة هلال بن أمية: انظروه -يعني ولدها- فإن جاءتْ به على صفةِ كذا فهو لشريك بن سَحْماء »[3]. يعني الزاني .

ولأن البنت مخلوقة من مائه . أشبهت المخلوقة من وطء الشبهة .

فإن قيل: البنت من الحرام لا يجري التوارث بينها وبين الزاني ، ولا تعتق عليه إذا ملكها ، ولا يلزمه نفقتها . فلا تحرم ؛ كالأجانب .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٣١٧٩) ٣: ١٢٢٥ كتاب أحاديث الأنبياء، باب قول الله تعالى: ﴿واتخذ الله إبراهيم خليلاً﴾ .

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٣٧١) ٤: ١٨٤٠ كتاب الفضائل، باب من فضائل إبراهيم الخليل ﷺ .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٤٦٨) ٤: ١٧٧١ كتاب تفسير القرآن، باب : قوله عز وجلّ ﴿والذي يرمون أزواجهم﴾

قيل: تَخلُّفُ بعض الأحكام لا يوجب الحل . بدليل ما لو كانت ابنته رقيقة أو مخالفة لدينه .

وأما كون الأخوات من الجهات الثلاث أي من الأبوين أو الأب أو الأم : منهن ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وأخواتُكم﴾ [النساء:٢٣] .

وأما كون بنات الأخ وبنات الأخت منهن ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وبناتُ الأخ وبناتُ الأخت﴾ [النساء:٢٣] . ويدخل في ذلك أولادهم وإن سفلوا ؛ لأن بنت بنت الأخ أو بنت بنت الأخت : بنت أخ وبنت أخت .

وأما كون العمات والخالات منهن ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وعماتُكم وخالاتُكم﴾ [النساء:٢٣] . ويدخل في ذلك العمة والخالة قريبة كانت أو بعيدة لما ذكر .

ولأنه قد تقدم أن كل جدة أم فكل أخت لها خالة .

وأما كون بناتهن لا يحرمن ؛ فلأن الله تعالى أباحهن لنبيه بقوله: ﴿وبناتِ عمك وبناتِ عماتك وبناتِ خالك وبناتِ خالاتك﴾ [الأحزاب:٥٠] . وحكم الأمّة حكمه ما لم يدل دليل على تخصيصه .

ولأنهن لم يدخلن في التحريم فيدخلن في عموم قوله: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء:٢٤] .

قال: (**القسم الثاني : المحرمات بالرضاع . ويحرم به ما يحرم بالنسب سواء**) .

أما كون القسم الثاني المحرمات بالرضاع ؛ فلأنه يلي المحرمات بالنسب وهي القسم الأول .

وأما كونهن يحرمن بالرضاع ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وأمهاتُكم اللاتي أرضعنكم وأخواتُكم من الرضاعة﴾ [النساء:٢٣] .

وأما كونه يحرم به ما يحرم من النسب سواء ؛ فلأن النبي ﷺ قال: « يحرمُ من الرَّضاع ما يحرمُ من النَّسَب »[1] متفق عليه .

وفي روايةِ مسلم: « الرّضاع يُحرّم ما تحرّم الولادة »[1] .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٠٢) ٢: ٩٣٥ كتاب الشهادات، باب الشهادة على الأنساب .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٤٧) ٢: ١٠٧١ كتاب الرضاع، باب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة .

و « قال النبي ﷺ في درة بنت أبي سلمة: إنها لو لم تكن رَبيبتي في حجْرِي ما حلتْ لي . إنها ابنةُ أخي من الرضاعةِ . أرضعتني وأباها ثُوَيْبةُ »[2] متفق عليهن .

قال: (القسم الثالث: المحرمات بالمصاهرة) .

أما كون القسم الثالث: المحرمات بالمصاهرة ؛ فلأنه يلي الثاني .

وأما كونهن يحرمن ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وأمهاتُ نسائكم﴾ [النساء:٢٣] ، وقال: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾ [النساء:٢٢] وقال: ﴿وحلائلُ أبنائكم﴾ [النساء: ٢٣] .

فإن قيل: ما المُصَاهَرة ؟

قيل: هي مصدر صَاهَرَ . يقال: صاهرَ الرجلُ يصاهرُ مصَاهَرة .

فإن قيل: ما المراد بالمحرمات بالمصاهرة ؟

قيل: المحرمات على الأبد من أهل المرأة والرجل ؛ لأن أهل الرجل أصهار عند بعض العرب ؛ كما أن أهل المرأة أصهار .

قال الجوهري: الأصهار أهل بيت المرأة . عن الخليل . قال: ومن العرب من يجعل الصِّهْرَ من الأحْمَاء والأخْتان جميعاً .

قال: (وهن أربع : أمهات نسائه ، وحلائل آبائه فيحرمن بمجرد العقد دون بناهن ، والربائب . وهن : بنات نسائه اللاتي دخل هن دون اللاتي لم يدخل هن . فإن متن قبل الدخول فهل تحرم بناهن ؟ على روايتين) .

أما كون المحرمات بالمصاهرة أربعاً ؛ فلأنهن أمهات نسائه ، وحلائل آبائه ، وأبنائه ، والربائب .

⇨

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٠٣) ٢: ٩٣٦ الموضع السابق .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٤٤) ٢: ١٠٦٨ كتاب الرضاع، باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨١٣) ٥: ١٩٦١ كتاب النكاح، باب: ﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم﴾ .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٤٩) ٢: ١٠٧٢ كتاب الرضاع، باب تحريم الربيبة وأخت المرأة .

وأما كون أمهات نسائه يحرمن ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وأمهاتُ نسائكم﴾ [النساء:٢٣] .

وأما كون حلائل آبائه يحرمن ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء:٢٢] .

وأما كون حلائل أبنائه يحرمن ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وحلائلُ أبنائكم﴾ [النساء:٢٣] .

وأما كون من ذكر يحرم بمجرد العقد ؛ فلأن المحرم في أمهات نسائه كون المرأة أم امرأته وفي حلائل آبائه وأبنائه كونها حليلة أبيه وابنه ، وذلك موجود حين العقد .

وأما كون بنات أمهات نسائه وبنات حلائل آبائه وأبنائه لا يحرمن بذلك ؛ فلأن المحرم ما ذكر ، وهو مفقود فيهن . فيدخلن في عموم قوله: ﴿وأُحِلّ لكم ما وراءَ ذلكم﴾ [النساء:٢٤] .

وأما كون الربائب يحرمن ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وربائبُكم اللاتي في حُجوركم من نسائكمُ اللاتي دخلتم بهن﴾ [النساء:٢٣] .

وأما كونهن بنات نسائه اللاتي دخل بهن دون اللاتي لم يدخل بهن ؛ فلأن الله تعالى قيد التحريم بذلك .

ولأن الله تعالى قال: ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء:٢٣] .

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده [أن النبي ﷺ][1] قال: « من تزوجَ امرأةً فطلّقهَا قبلَ أن يَدخُلَ بها لا بأسَ أن يتزوجَ ربيبتهُ ، ولا يحلُ له أن يتزوجَ بأمِّهَا » . رواه أبو حفص بإسناده .

فإن قيل: كما قيّد بالدخول فكذلك قيّد بكونها في الحجور .

قيل: القيد إذا خُرّج مخرج الغالب لم يُحتجّ بمفهومه . وهو هنا قد خُرّج مخرج الغالب . بخلاف قوله: ﴿اللاتي دخلتم بهن﴾ [النساء:٢٣] .

---

(١) زيادة من الشرح الكبير ٧: ٤٧٥ .

وأما كون بنات من مُتن قبل الدخول يحرمن على روايةٍ ؛ فلأن الموت أقيم مقام الدخول في تكميل الصداق والعدة . فيقوم مقامه في التحريم .

وأما كونهن لا يحرمن على روايةٍ ؛ فلأن الله تعالى شرط في التحريم نفس الدخول . فلو قام الموت مقامه ؛ لكان الشرط أحد الأمرين .

ولأن بنتَ من مات بنتُ امرأة لم يدخل بها . فلم يحرم ؛ لقوله: ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء:٢٣] ، ولما تقدم من حديث عمرو بن شعيب .

قال: (ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام . فإن كانت الموطوءة ميتة أو صغيرة فعلى وجهين) .

أما كون تحريم المصاهرة يثبت بالوطء الحلال والحرام ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تَنكحوا ما نَكح آباؤكم من النساء﴾ [النساء:٢٢] يعمهما ؛ لأن الوطء الحرام يسمى نكاحاً . قال الشاعر:

إذا زنيت فأجد نكاحًا

وفي الآية قرينة تصرفه إلى الوطء لا إلى العقد وهو قوله تعالى: ﴿إنه كان فاحشةً ومقتاً وساء سبيلاً﴾ [النساء:٢٢] . وهذا التغليظ إنما يكون في الوطء .

وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: « لا ينظرُ اللهُ إلى وجهِ رجلٍ نظرَ إلى فرج امرأةٍ وابنتِهَا »[(١)] .

وعن وهب بن منبّه: « ملعونٌ من نظرَ إلى فرج امرأةٍ وابنتِهَا ». رواه الجوزجاني بإسناده .

ولأن ما تعلق بالوطء المباح تعلق بالمحظور ؛ كوطء الحائض .

ولأن النكاح يفسده الوطء بالشبهة . فأفسده الوطء الحرام ؛ كالإحرام .

وأما كونه يثبت بوطء الميتة على وجه ؛ فلأن الوطء ينشر الحرمة المؤبدة . فلم يختص بالحياة ؛ كالرضاع .

وأما كونه لا يثبت على وجه ؛ فلأنه ليس بسبب للبضعية .

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٥٨٩.

ولأن التحريم يتعلق باستيفاء منفعة الوطء ، والموت يبطل المنافع ، والرضاع إنما حرم من أجل إنبات اللحم وهو حاصل من لبن الميتة .

وأما كونه يثبت بوطء الصغيرة على وجه ؛ فلأنه وطءٌ لآدمية حرة في القُبُل . أشبه وطء الكبيرة .

وأما كونه لا يثبت به على وجه ؛ فلأنه ليس بسبب للبضعية .

قال: (وإن باشر امرأة أو نظر إلى فرجها أو خلا بها لشهوة فعلى روايتين) .

أما كون تحريم المصاهرة يثبت بمباشرة امرأة لشهوة كتقبيل ومس ونحوه على روايةٍ ؛ فلأنه نوع استمتاع . فتعلق به تحريم المصاهرة ؛ كالوطء في الفرج .

وأما كونه لا يثبت بها على روايةٍ ؛ فلأنها مباشرة لا توجب الغسل . فلم يثبت التحريم ؛ كالمباشرة لغير شهوة .

ولأن التحريم إما بنص أو إجماع أو قياس ، والكل مفقود هنا .

فإن قيل: تقييد المصنف ما ذكر بالمرأة : مشعرٌ بأن من لا تكون امرأة كالمراهقة والطفلة ليست كذلك .

قيل: قال في المغني: الخلاف في اللمس والنظر فيمن بلغت سناً يمكن الاستمتاع منها كابنة تسع فما زاد . فأما الطفلة فلا يثبت فيها ذلك . ثم قال: وقد روي عن أحمد في بنت سبع إذا قبّلها حرمت عليه أمها . ثم قال : قال[1] القاضي: هذا عندي محمول على السن الذي توجد معه الشهوة .

فإن قيل: النظر إلى الفرج مقيد في كلام المصنف رحمه الله تعالى بالشهوة ومطلق في الحديث .

قيل: لا بد من تقييده بذلك ؛ لأن المباشرة لغير شهوة لا يثبت بها التحريم . فالنظر بطريق الأولى .

وتقييد المصنف النظر بكونه إلى فرجها :مشعرٌ بأن النظر إلى سائر بدنها لشهوة لا يثبت به التحريم روايةً واحدة .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

وقال في المغني: وأما النظر إلى سائر البدن فلا ينشر الحرمة . ثم قال: والصحيح خلاف ذلك فإن غير الفرج لا يقاس عليه لما بينهما من الفرق . ثم قال: ولا خلاف نعلمه في أن النظر إذا وقع من غير شهوة لا ينشر حرمة ؛ لأن اللمس الذي هو أبلغ منه لا يؤثر إذا كان لغير شهوة فالنظر أولى .

وأما كون التحريم يثبت بالنظر إلى فرجها لشهوة على روايةٍ ؛ فلما روى ابن عباس عن النبي ﷺ أنه قال: « من نظرَ إلى فرجِ امرأةٍ : لم تحلَّ له أمُها وبنتُها »[1] ، وفي لفظ: « لا ينظرُ اللهُ إلى رجلٍ نظرَ إلى فرجِ امرأةٍ وبنتها »[2] .

وأما كونه لا يثبت به على روايةٍ ؛ فلعموم قوله: ﴿وأُحِلَّ لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] .

ولأنه نظر . فلم يوجب التحريم ؛ كالنظر إلى الوجه .

والخبر ضعيف قاله الدارقطني . وقيل: هو موقوف على ابن مسعود . ثم يمكن حمله على الوطء بطريق الكتابة .

وأما كون التحريم يثبت بالخلوة لشهوة على روايةٍ ؛ فلأنها تكمل الصداق . فنشرت الحرمة ؛ كالوطء .

وأما كونه لا يثبت بها على روايةٍ ؛ فلأن في ذلك مخالفة لقوله تعالى: ﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾ [النساء: ٢٣] .

ولأنها غير منصوص على التحريم بها . فتحل من وجدت فيها ؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء: ٢٤] .

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٢٢٩) ٣: ٤٦٩ كتاب النكاح، الرجل يقع على أم امرأته أو ابنة امرأته ما حال امرأته ؟ عن أبي هانئ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٢٢٨) ٣: ٤٦٩ كتاب النكاح، الرجل يقع على أم امرأته أو ابنة امرأته ما حال امرأته ؟

وأخرجه الدارقطني في سننه (٩٢) ٣: ٢٦٨ كتاب النكاح، باب المهر .

وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٧٠ كتاب النكاح، باب الزنا لا يحرم الحلال . كلهم رووه موقوفا على ابن مسعود .

قال: (وإن تلوط بغلام حرم على كل واحد منهما أمُّ الآخر وابنته ، وعند أبي الخطاب هو كالوطء دون الفرج . وهو الصحيح) .

أما كون كل واحد ممن ذُكر يحرم عليه أمُّ الآخر وابنته على المذهب ؛ فلأن اللواط وطء في الفرج . فنشر الحرمة إلى من ذكر ؛ كوطء المرأة .

وأما كون التلوط عند أبي الخطاب كالوطء دون الفرج ؛ فلأنه لا يتعلق به أحكام وطء المرأة من الإحلال ونحوه . فكذا التحريم .

وأما كون قول أبي الخطاب هو الصحيح ؛ فلأن من ذكر غير منصوص على تحريمهن . فيدخلن في عموم قوله تعالى: ﴿وأُحِلَّ لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء:٢٤]. ولا يصح قياسهن على النساء ؛ لأن الوطء في المرأة يكون سبباً للبضعية ، ويوجب المهر ، ويلحق به النسب ، وتصير المرأة به فراشاً ، وتثبت أحكاماً لا يثبتها اللواط . فلا يجوز إلحاقه به ؛ لعدم العلة وانقطاع الشبه . ولذلك لو أرضع الرجل طفلاً لم يثبت به أحكام التحريم . فهاهنا أولى .

قال: (القسم الرابع: الملاعنة تحرم على الملاعن على التأبيد ؛ إلا أن يُكذِّب نفسه فهل تحل ؟ على روايتين) .

أما كون القسم الرابع من المحرمات: الملاعنة ؛ فلأنه يلي القسم الثالث .

وأما كون الملاعنة من المحرمات ؛ فلما روى سهل بن سعد قال: « مضت السنةُ في المتلاعنين أن يفرّق بينهما لا يجتمعا أبداً »[1] . رواه الجوزجاني بإسناده .

وروي مثل هذا عن عمر بن الخطاب .

وأما كونها تحرم على المتلاعن على التأبيد إذا لم يكذب نفسه ؛ فلما ذكر من الحديث قبل .

وأما كونها تحرم عليه إذا أكذب نفسه على روايةٍ ؛ فلعموم ما ذكر .

ولأنه تحريم لا يرتفع قبل الجلد والتكذيب . فلم يرتفع بالتكذيب ؛ كالرضاع .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٥٠) ٢: ٢٧٤ كتاب الطلاق، باب في اللعان .

وأما كونها تحل على روايةٍ ؛ فلأنه لما أكذب نفسه صارت شبيهة بحالها قبل الملاعنة وهي حينئذ حلال . فكذلك فيما يشبهه .

فصل [المحرمات إلى أمد]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (الضرب الثاني: المحرمات إلى أمد. وهي نوعان: أحدهما: المحرمات لأجل الجمع. فيحرم الجمع بين الأختين، وبين المرأة وعمتها أو خالتها).

أما كون الضرب الثاني: المحرمات إلى أمد؛ فلأنه يلي الضرب الأول.

وأما كونهن نوعين؛ فلأن منهن من يحرم لأجل الجمع، ومنهن من يحرم لعارض يزول؛ كزوجة الغير. وسيأتي ذكره بعد إن شاء الله تعالى.

وأما كون الجمع بين الأختين يحرم؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وأن تجمعوا بين الأختين﴾ [النساء:٢٣]. ولا فرق بين الأختين من نسب أو رضاع. حرتين أو أمتين أو حرة وأمة. من أبوين كانتا أو من أب أو أم. قبل الدخول أو بعده؛ لعموم الآية.

وأما كون الجمع بين المرأة وعمتها وبينها وبين خالتها يحرم؛ فلما روى أبو هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يُجمعُ بين المرأةِ وعمتها، ولا بين المرأةِ وخالتها»[1]. متفق عليه.

وفي روايةِ أبي داود: «لا تُنكح المرأةُ على عمتها، ولا العمةُ على بنتِ أخيها، ولا المرأةُ على خالتها، ولا الخالةُ على بنت أُختها. لا تُنكحُ الكبرى على الصغرى، ولا الصغرى على الكُبرى»[2].

ولأن العلة في الجمع بين الأختين إيقاع العداوة بين الأقارب، وإفضاؤه إلى قطيعة الرحم المحرم. وهو موجود فيما ذكر.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٢٠) ٥: ١٩٦٥ كتاب النكاح، باب لا تنكح المرأة على عمتها.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٨) ٢: ١٠٢٨ كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٦٥) ٢: ٢٢٤ كتاب النكاح، باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء.

فإن قيل: فما الجواب عن قوله تعالى: ﴿وأُحِلَّ لكم ما وراء ذلكم﴾ [النساء:٢٤]؟

قيل: هو مخصوص بما ذكر.

قال: (فإن تزوجهما في عقد واحد لم يصح، وإن تزوجهما في عقدين أو تزوج إحداهما في عدة الأخرى سواء كانت بائناً أو رجعية فنكاح الثانية باطل).

أما كون من تزوج من يحرم الجمع بينهما كما تقدم في عقد واحد لا يصح؛ فلأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى.

وأما كون نكاح الثانية باطلاً إذا تزوج من ذكر في عقدين أو تزوج إحداهما في عدة الأخرى؛ فلأنه يحصل به الجمع وهو المحرم. فاختص البطلان به.

وأما كون البائن فيما ذكر والرجعية سواء؛ فلاشتراكهما في العدة.

قال: (وإن اشترى أخت امرأته أو عمتها أو خالتها: صح ولم يحل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتنقضي عدتها).

أما كون من اشترى أخت امرأته وعمتها أو خالتها يصح؛ فلأن الشراء يراد لغير الوطء. بخلاف العقد. والمحرم الجمع في العقد أو الوطء. وليس الشراء واحداً منهما ولا لازماً له.

وأما كونه لا يحل له وطؤها حتى يطلق امرأته وتنقضي عدتها؛ فلأن بوطئها يحصل الجمع بين الأختين وبين المرأة وعمتها وخالتها في الوطء وذلك حرام؛ لأن الجمع في العقد حرام لما تقدم. وإنما حرم؛ لأنه وسيلة إلى الوطء. فلأن يحرم الجمع في الوطء بطريق الأولى.

قال: (وإن اشتراهن في عقد واحد صح. فإن وطئ إحداهما لم تحل له الأخرى حتى يحرم على نفسه الأولى بإخراج عن ملكه أو تزويج ويعلم أنها ليست بحامل. فإن عادت إلى ملكه لم يصب واحدة منهما حتى يحرم الأخرى. وعنه: ليس بحرام ولكن ينهى عنه).

أما كون من اشترى الأختين أو المرأة وعمتها أو المرأة وخالتها في عقد واحد يصح؛ فلما تقدم من أن الشراء يراد لغير الوطء. بخلاف العقد.

ولأنه إذا جاز شراء الأخت على أختها وشراء المرأة على عمتها وشراؤها على خالتها . فلأن يجوز شراؤهما في عقدٍ واحدٍ بطريق الأولى .

وأما كونه إذا وطئ إحداهما لا تحل له الأخرى حتى يحرم على نفسه الأولى بما تقدم ذكره ؛ فلأن بوطئه لها يحصل الجمع المحرم .

وكلام المصنف مشعر بأمرين:

أحدهما: أنه إذا اشتراهن جملة واحدة فله وطء إحداهن ؛ لأنه لا يحصل به الجمع . فلم يحرم ؛ كما لو كانت في ملكه وحدها .

وذكر أبو الخطاب أنه لا يجوز ؛ لأنه لا مزية لأحدهن على الأخرى .

وثانيهما: أن كل من حرم وطؤها لما تقدم ذكره تحل له إذا أخرج الأولى عن ملكه أو زوجها ؛ لأن المحذور الذي هو الجمع يزول بذلك .

واشترط المصنف رحمه الله تعالى مع ذلك: أن يعلم أنها ليست حاملاً ؛ لأنها إذا كانت حاملاً لم يجز وطء الأخرى ؛ لأنه يكون جامعاً ماءه في رحم بنتين يحرم الجمع بينهما . أشبه ما لو تزوج إحداهما في عدة الأخرى .

ولقائل أن يقول: لا حاجة إلى هذا الشرط ؛ لأن شرط الإباحة أحد أمرين: إما إخراج عن ملكه ، وإما تزويج . وكلاهما لا يصح إلا بعد العلم بأن الموطوءة غير حامل .

ويمكن الجواب عنه بأن في البيع روايةٍ أنه لا يجوز من غير استبراء . وعلى القول بالمنع فإن من صور الإخراج عن الملك: العتق، ولا يشترط فيه العلم بأنها ليست حاملاً .

فإن قيل: ينفي إرادة العتق قوله: فإن عادت إلى ملكه إذ المعتقة لا تعود إلى ملك السيد .

قيل: يحمل قوله: فإن عادت على بعض الصور كالمبيعة والموهوبة ونحو ذلك .

وفي اشتراط المصنف الإخراج عن ملكه أو التزويج إشعار بأن الموطوءة لو حرمها سيدها أو حرم وطئها بسبب غير ذلك لم تحل له الأخرى . وهو صحيح . وقد صرح في المغني بأنه لو حرمها لم تبح له الأخرى لأن تحريمه إما لا يحرم أو يحرم

تحريماً ترفعه الكفارة . وكذلك لو رهنها لم تحل له الأخرى ؛ لأن المنع من وطئها لحق المرتهن لا لتحريمها ولهذا يحل له بإذنه في وطئها .

ولأنه يقدر على فكها متى شاء واسترجاعها إليه .

فإن قيل: فلو كاتبها .

قيل: لا تحل له الأخرى ؛ لأن الكتابة لا تزيل الملك قبل الأداء .

وأما كونه إذا عادت إلى ملكه لا يصيب واحدة منهما حتى يحرّم الأخرى ؛ فلأن الثانية صارت فراشاً وقد رجعت إليه التي كانت فراشاً . فحرمت كل واحدة منهما بكون الأخرى فراشاً ؛ كما لو انفردت به .

ولأنه مختلف في حرمته . فلا أقل من الكراهة .

قال: (وإن وطئ أمته ثم تزوج أختها لم يصح عند أبي بكر وظاهر كلام الإمام أحمد أنه يصح ولا يطؤها حتى يحرم الموطوءة . فإن عادت إلى ملكه لم يطأ واحدة منهما حتى يحرم الأخرى) .

أما كون التزوج المذكور لا يصح عند أبي بكر ؛ فلأن ذلك يُصَيِّر المتزوج بها فراشاً . فلم يجز ؛ كالوطء .

ولأنه فعل في الأخت ما ينافي إباحة المفترشة . فلم يجز ؛ كالوطء .

قال المصنف رحمه الله تعالى في المغني: قال القاضي: هو ظاهر كلام أحمد .

وأما كونه يصح على ظاهر الإمام أحمد ؛ فلأنه سبب يستباح به الوطء . فجاز أن يرد على وطء الأخت ولا يبيح ؛ كالشراء .

وأما كون ذلك ظاهر كلام الإمام أحمد فنقله المصنف في المغني عن أبي الخطاب . وقد تقدم قول القاضي أن الظاهر من كلامه عكسه .

وأما كون المتزوج لا يطأ المتزوج بها حتى يُحرم الموطوءة ؛ فلئلا يكون جامعاً في الوطء .

فإن قيل: لا يلزم من الوطء الجمع لأنه بمجرد النكاح يجب أن تحرم المفترشة ؛ لأن النكاح أقوى من الوطء بملك اليمين فإذا اجتمعا وجب التقديم للأقوى .

قيل: لا يسلم أن النكاح أقوى من ملك اليمين بل القول بالعكس أولى ؛ لأنه لو اشترى زوجته انفسخ النكاح . وعلى تقدير التسليم فالسبق يعارضه ، وملك اليمين سابق .

وأما كونه إذا عادت أمته إلى ملكه لا يطأ واحدة منهما حتى يحرم الأخرى ؛ فلما تقدم ذكره في المسألة قبل .

قال: (**ولا يحل للحر أن يجمع بين أكثر من أربع ، ولا للعبد أن يتزوج أكثر من اثنتين . وإن طلق إحداهن لم يجز أن يتزوج أخرى حتى تنقضي عدتها**) .

أما كون الحر لا يحل له أن يجمع بين أكثر من أربع ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾ [النساء:٣] . يعني اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً .

و « لأن النبي ﷺ قال لغيلان بن سلمة حين أسلم وتحته عشر نسوة: أَمسِكْ أربعًا وفارِقْ سائِرهُن »[١]. رواه الترمذي .

وأما كون العبد لا يحل له أن يتزوج أكثر من اثنتين ؛ فلأن الحكم بن قتيبة قال: « أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح إلا اثنتين ».

وروي « أن عمرُ سألَ الناس عن ذلك . فقال عبدالرحمن بن عوف: لا يتزوجُ إلا اثنتين ». رواه الإمام أحمد .

وهذا قول صحابي لشخص من الصحابة ولم ينكر أحد من الصحابة فكان إجماعاً .

وأما كون الحر أو العبد إذا طلق إحدى من تقدم ذكرهن لا يجوز أن يتزوج أخرى حتى تنقضي عدتها : أما مع الطلاق الرجعي فظاهر لأن الرجعية زوجة فلو جاز له تزويج أخرى لكان الحر جامعاً بين خمس والعبد جامعاً بين ثلاث . وأما مع الطلاق البائن ؛ فلأن بعض أحكام النكاح باق . فمنعَ الحر من تزوج خامسة والعبد من تزوج ثالثة ؛ كما لو كان الطلاق رجعياً .

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٦٤٧.

فصل [المحرمات لعارض]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (النوع الثاني: محرمات لعارض يزول . فيحرم عليه نكاح زوجة غيره والمعتدة منه والمستبرئة منه) .

أما كون النوع الثاني: محرمات لعارض ؛ فلأنه يلي المحرمات لأجل الجمع وهو الأول .

وأما كون المحرمات هنا لعارض يزول ؛ فلأن زوجة غيره والمعتدة من غيره والمستبرأة من غيره إنما حرمن عليه لأجل ذلك الغير ، وذلك يزول بطلاق ذلك الغير وانقضاء العدة ومدة الاستبراء .

وأما كون نكاح زوجة غيره يحرم عليه ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿والمحصناتُ من النساء إلا ما ملكت أيمانكم كتابَ الله عليكم﴾ [النساء:٢٤] .

وأما كون نكاح المعتدة من غيره يحرم عليه ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تعزموا عُقْدَةَ النكاح حتى يبلغَ الكتابُ أجله﴾ [البقرة:٢٣٥] .

وأما كون نكاح المستبرأة من غيره يحرم عليه ؛ فلأنها في معنى المعتدة منه .

ولأن إباحة نكاح الثلاثة يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب ، وذلك محذور مطلوب العدم .

قال: (وتحرم الزانية حتى تتوب وتنقضي عدتها ، ومطلقته ثلاثاً حتى تنكح زوجاً غيره ، والمحرمة حتى تحل) .

أما كون الزانية تحرم حتى تتوب ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك﴾ [النور:٣] .

ولأنه لا يؤمن أن يلحق به ولداً من غيره . فحرمت ؛ كالمعتدة .

وأما كونها تحرم قبل أن تنقضي عدتها : أما على الزاني ؛ فلأن ولدها لا يلحق به . فيفضي نكاحه لها إلى اشتباه من لا يلحق نسبه بأحد ممن يلحق نسبه به . وأما على غير الزاني ؛ فلأنها معتدة من غيره .

وأما كون مطلقته ثلاثاً تحرم حتى تنكح زوجاً غيره ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة:٢٣٠]. والمراد بالنكاح هنا الوطء ؛ « لأن النبي ﷺ قال لامرأة رفاعة لما أرادت أن ترجع إليه بعد أن طلقها ثلاثًا وتزوجت بعده عبدالرحمن بن الزَّبير: لا . حتى تَذوقِي عُسَيْلَتَه »[1] .

فإن قيل: مفهوم كلام المصنف هنا أن مطلقته ثلاثاً تحل له إذا نكحت زوجاً غيره ؛ لأنه جعل ذلك غاية لتحريمها . وليس كذلك ؛ لأن حلها يقف على طلاق الزوج الثاني ، وعلى انقضاء العدة منه .

قيل: الجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن تحريمها بكونها مطلقة ثلاثاً يزول بذلك لكن عقيب ذلك التحريم تحريم آخر وهو كونها زوجة غيره ما لم يطلقها فإذا طلقها تكون معتدة من غيره وكلاهما محرم لما تقدم ، وكذلك تحرم عليه بذلك وإن كانت مطلقته دون الثلاث .

وثانيهما: أنه قد تقدم أنه محرم عليه نكاح زوجة غيره والمعتدة من غيره . فاكتفى بذلك عن التصريح به هنا .

فإن قيل: هلا اكتفى بذلك في الزانية لأنه لم يقتصر على قوله: حتى تتوب بل قال: وتنقضي عدتها ؟

قيل: عدة الزانية مختلف فيها فجيء بالتصريح بها للتأكيد . بخلاف عدة النكاح فإنها متفق عليها فلا حاجة إلى التأكيد فيها .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٩٦) ٢: ٩٣٣ كتاب الشهادات، باب شهادة المختبي .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣٣) ٢: ١٠٥٥ كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثاً لمطلقها . .

وأما كون المُحْرِمة تحرم حتى تحل ؛ فلأن رسول الله ﷺ قال: « لا يَنكحُ المحرمُ ولا يُنكحُ ولا يَخطُب »[1] . رواه مسلم .

ولأنه عارضٌ منع الطيب . فمنع النكاح ؛ كالعدة .

قال: (ولا يحل لمسلمة نكاح كافر بحال ولا لمسلم نكاح كافرة إلا حرائر أهل الكتاب . فإن كان أحد أبويها غير كتابي أو كانت من نساء بني تغلب فهل تحل ؟ على روايتين) .

أما كون المسلمة لا يحل لها نكاح كافر بحال ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تُنكحوا المشركين حتى يؤمنوا﴾ [البقرة:٢٢١]، وقال سبحانه وتعالى: ﴿فإن علمتموهن مؤمناتٍ فلا تَرجعوهن إلى الكفار لا هنّ حل لهم ولا هم يحلون لهنّ﴾ [الممتحنة:١٠] .

وأما كون المسلم لا يحل له نكاح كافرة غير حرائر أهل الكتاب ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تَنكحوا المشركات حتى يؤمنّ﴾ [البقرة:٢٢١]، وقال: ﴿ولا تُمْسكوا بعِصَم الكوافر﴾ [الممتحنة:١٠] .

وأما كونه يحل له نكاح حرائر أهل الكتاب ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿والمحصناتُ من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن﴾ [المائدة: ٥] .

ولأن الصحابة أجمعت عليه .

فإن قيل: عموم ما تقدم يدل على عدم حل أهل الكتاب أيضاً ؛ لأنهن مشركات .

قيل: الجواب من وجهين:

أحدهما: ما روي عن ابن عباس أن قوله: ﴿ولا تَنكحوا المشركات﴾ [البقرة: ٢٢١] نسخ بالآية في المائدة . وكذلك ينبغي أن يكون ذلك في الآية الأخرى ؛ لأنهما متقدمتان[2]، والآية التي في المائدة متأخرة عنها .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٩) ٢: ١٠٣١ كتاب النكاح، باب تحريم نكاح المحرم، وكراهة خطبته .

(٢) في أ: لأنها متقدمان . وما أثبتناه من الشرح الكبير ٧: ٥٠٨.

والثاني: أن لفظ المشركين بإطلاقه لا يتناول أهل الكتاب . بدليل قوله: ﴿لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين﴾ [البينة:١] ، وقوله: ﴿إن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين﴾ [البينة:٦] ، وقوله: ﴿لتجدنّ أشد الناس عداوةً للذين ءامنوا اليهود والذين أشركوا﴾ [المائدة:٨٢] ، وقوله: ﴿ما يَوَدُّ الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين﴾ [البقرة:١٠٥] ، وسائر آي[1] القرآن تَفصل بينهما .

وقيد المصنف أهل الكتاب بالحرائر ؛ لأن الإماء يأتي حكمهن إن شاء الله تعالى .

وأما كون من كان أحد أبويها غير كتابي لا تحل على روايةٍ ؛ فلأنها متولدة بين من يحل ومن لا يحل . فلم يحل ؛ كالسِّمَع والبغل .

وأما كونها تحل على روايةٍ ؛ فلعموم الآية المقتضية للحل .

ولأنها كتابية تقر على دينها . أشبه من أبويها كتابيان .

وذكر المصنف في المغني هذا احتمالاً وسوى بين من أحد أبويها غير كتابي وبين من أبواها غير كتابيين .

وأما كون من كانت من نساء بني تغلب لا تحل على روايةٍ ؛ فلأنه يروى عن علي رضي الله عنه .

ولأنهم يحتمل أنهم دخلوا في دين الكفر بعد التبديل .

وأما كونها تحل على روايةٍ ؛ فلأنها من أهل الكتاب فتدخل في عموم الآية المقتضية للحل .

ولأن بني تغلب أهل كتاب يقرُّون على دينهم ببذل المال . فحل نكاح نسائهم ؛ كأهل الكتاب .

قال المصنف في المغني: هذا الصحيح عن الإمام أحمد . وهو مروي عن عمر ابن الخطاب وابن عباس .

قال الأثرم: ما علمت أحداً كرهه من أصحاب رسول الله ﷺ إلا علياً .

---

(١) في أ: لا يحل . وما أثبتناه من الشرح الكبير ٧: ٥٠٨.

قال: (وليس للمسلم وإن كان عبداً نكاح أمة كتابية . وعنه : يجوز) .

أما كون المسلم ليس له نكاح أمة كتابية وإن كان عبداً على المذهب ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿من فتياتِكم المؤمنات﴾ [النساء:٢٥] .

وأما كونه له ذلك على روايةٍ ؛ فلأنها تحل بملك اليمين . فحلت بالنكاح ؛ كالمسلمة .

والأول ظاهر المذهب . قاله المصنف في المغني .

وفرّق بين المسلمة والكافرة من حيث: إن نكاح المسلمة لا يؤدي إلى استرقاق الكافر ولدها ؛ لأن الكافر لا يقر ملكه على مسلمة ، والكافرة تكون ملكاً للكافر ويقر ملكه عليها وولدها لسيدها .

ولأنه قد اعتورها نقصان الكفر والملك . فإذا اجتمعا منعا ؛ كالمجوسية لما اجتمع فيها نقص الكفر وعدم الكتاب منع من نكاحها .

وقول المصنف: وإن كان عبداً تنبيه على أن النقص الحاصل فيه بالرق لا يؤثر في كونه له نكاح الأمة الكتابية ؛ لأن الأدلة المقتضية للمنع عامة في الحر والعبد .

ولأن ما حرم على الحر نكاحه لأجل دينه حرم على العبد ؛ كالمجوسية .

قال: (ولا يحل لحر مسلم نكاح أمة مسلمة ؛ إلا أن يخاف العنت ، ولا يجد طَوْلاً لنكاح حرة ولا ثمن أمة . وإن تزوجها وفيه الشرطان ثم أيسر أو نكح حرة فهل يبطل نكاح الأمة ؟ على روايتين) .

أما كون الحر المسلم لا يحل له نكاح أمة مسلمة إذا لم يخف العنت ولا يجد ما ذُكر ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ومن لم يستطع منكم طَوْلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتياتِكم المؤمنات -إلى قوله-: ذلك لمن خشي العنت منكم﴾ [النساء:٢٥]. شرط في جواز ذلك عدم استطاعة الطول وخشية العنت .

ولأن في نكاح الأمة إرقاق ولده مع الغنى . فلم يجز ؛ كما لو كان تحته حرة .

وأما كونه يحل له ذلك إذا وجد فيه الشرطان ؛ فللآية المذكورة .

فإن قيل: الآية دلت على اشتراط الطَّول للحرة المؤمنة فما وجه اشتراط الطَّول للحرة الكتابية أو ثمن الأمة ؟

قيل: لأن القادر على ذلك غير خائف العنت .

ولأنه قدر على صيانة ولده عن الرق . فلم يجز له إرقاقه ؛ كما لو قدر على نكاح مؤمنة .

وأما كونه إذا تزوج أمة وفيه الشرطان ثم أيسر لا يبطل نكاح الأمة على روايةٍ ؛ فلأن عدم استطاعة الطَّول أحد شرطي إباحة نكاح الأمة . فلم يعتبر استدامته ؛ كخوف العنت .

وأما كونه يبطل على روايةٍ ؛ فلأنه إنما أبيح للحاجة . فإذا زالت الحاجة لم يجز له استدامة ؛ كمن أبيح له أكل الميتة لضرورته فإذا وَجَد الحلال لم يستدمه . وذكر المصنف في المغني هذا وجهاً . وفرّق بين مسألة الطَّول ومسألة الميتة من حيث: إن أكل الميتة بعد القدرة ابتداء للأكل . بخلاف عادم الطَّول فإنه إذاً غير مبتدئ للنكاح وإنما هو مستديم .

وأما كونه إذا تزوج أمة ثم نكح حرة لا يبطل نكاح الأمة على روايةٍ ؛ فلأنه لا يبطله اليسار في روايةٍ . فكذا لا يبطله نكاح الحرة .

وأما كونه يبطل على روايةٍ ؛ فلأنه يبطله اليسار في روايةٍ فلأن يبطله نكاح الحرة بطريق الأولى .

قال: (وإن تزوج حرة أو أمة فلم تعفه ولم يجد طولاً لحرة أخرى فهل له نكاح أمة أخرى ؟ على روايتين . قال الخرقي: وله أن ينكح من الإماء أربعا إذا كان الشرطان فيه قائمين) .

أما كون من ذكر له نكاح أمة أخرى على روايةٍ ؛ فلأنه خائف العنت عادم طول حرة . أشبه من لا زوجة تحته وفيه الشرطان .

وأما كونه ليس له ذلك على روايةٍ ؛ فلأنه تحته زوجة .

والأولى أولى ؛ لما تقدم ذكره . ولذلك قال المصنف: قال الخرقي ... إلى آخره ؛ لأن فيه تأكيداً لجوازه . وكونه تحته زوجة لا أثر له ؛ لأن المعنى الذي أبيح

من أجله نكاح الأمة : الشرطان المتقدم ذكرهما . فإذا وجدا فيما ذكر وجب أن يباح . عملاً بالعلة .

قال: (وللعبد نكاح الأمة . وهل له أن ينكحها على حرة ؟ على روايتين . وإن جمع بينهما في العقد جاز . ويتخرج أن لا يجوز) .

أما كون العبد له نكاح الأمة وإن فقد الشرطين ؛ فلأنه مساوٍ لهما . فلم يعتبر فيه وجود الشرطين ؛ كالحر مع الحرة .

وأما كونه له أن ينكحها على روايةٍ ؛ فلما ذكر قبل .

ولأنه لو اشترط عدم الحرة لاشترط عدم القدرة عليها كما في حق الحر .

وأما كونه ليس له ذلك على روايةٍ ؛ فلأنه مالك لبضع حرة . فلم يكن له أن يتزوج أمة ؛ كالحر .

وعن سعيد بن المسيب: « تُنكحُ الحرةُ على الأمة ، ولا تُنكحُ الأمةُ على الحرّة »[1] .

وأما كونه إذا جمع بينهما في العقد يجوز على المذهب ؛ فلأن كل واحدة[2] يجوز له إفرادها بالعقد . فجاز له الجمع بينهما ؛ كالأمتين .

وأما كونه يتخرج أن لا يجوز ؛ فلأنه جمع . أشبه ما لو تزوج الأمة على الحرة .

فإن قيل: الخلاف في الجمع المذكور مطلقاً أم على قولنا ليس له أن يتزوج الأمة على الحرة .

قيل: على الثاني . صرح به صاحب المحرر .

---

(١) أخرجه مالك في موطئه (٢٩) ٢: ٤٢٣ كتاب النكاح، باب نكاح الأمة على الحرة . ولفظه: « لا تنكح الأمة على الحرة إلا أن تشاء الحرة فإن طاعت الحرة فلها الثلثان من القسم » .

(٢) في أ: واحد ، ولعل الصواب كما أثبتناه

قال: (وليس له نكاح سيدته ، ولا للحر أن يتزوج أمته ولا أمة ابنه . ويجوز للعبد نكاح أمة ابنه) .

أما كون العبد ليس له نكاح سيدته ؛ فلأن أبا الزبير قال: « سألت جابراً عن العبد ينكح سيدته . فقال : جاءتِ امرأةٌ إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه ونحنُ بالجابيةِ وقد نَكحتْ عبدَها فانتهرَها عمر وهمَّ أن يرجُمَهَا . وقال: لا يحلُّ لك ».

ولأن أحكام النكاح مع أحكام الملك يتنافيان من حيث إن كل واحدٍ منهما يقتضي أن يكون الآخر في حكمه يسافر سفره ويقيم بإقامته وينفق عليه .

وأما كون الحر ليس له أن يتزوج أمته ؛ فلأن ملك الرقبة يقيد ملك المنفعة وإباحة البضع ، ولا يجتمع مع عقد لضعف منه .

وأما كونه ليس له أن يتزوج أمة ابنه ؛ فلأن له فيها شبهة الملك . بدليل قوله عليه السلام: « أنتَ ومالُكَ لأبيك »[1] . أشبه الملك .

وأما كون العبد يجوز له نكاح أمة ابنه ؛ فلأنه لا شبه له فيها . بخلاف الحر .

قال: (وإن اشترى الحر زوجته انفسخ نكاحها . وإن اشتراها ابنه فعلى وجهين) .

أما كون زوجة الحر إذا اشتراها زوجها ينفسخ نكاحها ؛ فلما تقدم من منافاة أحكام الملك أحكام النكاح والملك أقوى ؛ لأنه يفيد ملك الرقبة والمنفعة ، والنكاح لا يفيد إلا ملك المنفعة .

ولأن النكاح يوجب للمرأة حقوقاً يمنعها ملك اليمين من القَسْم والملك فانفسخ بالملك لئلا يجتمع معه ما لا يوافقه .

وأما كونها إذا اشتراها ابنه ينفسخ نكاحها على وجه ؛ فلأن ملك الابن كملك الأب في إسقاط الحد وحرمة الاستيلاد . فكان كملكه في فسخ النكاح .

وأما كونها لا ينفسخ نكاحها بذلك على وجه ؛ فلأنه لا يملكها بملك الابن . فلم يفسخ نكاحها ؛ كما لو ملكها أجنبي .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٦٠.

قال: (ومن جمع بين محرمة ومحللة في عقد واحد فهل يصح فيمن تحل؟ على روايتين).

أما كون العقد كما ذكر يبيح فيمن تحل على المذهب ؛ فلأنها لو انفردت لكان العقد عليها صحيحاً . فكذلك إذا جمعها مع محرمة .

وأما كونه لا يصح على روايةٍ ؛ فلأن العقد تناول محرَّمة ومحلّلة . فلم يصح فيهما ؛ كما لو باع خلاً وخمراً .

قال: (ومن حرم نكاحها حرم وطئها بملك اليمين ؛ إلا إماء أهل الكتاب).

أما كون من حرم نكاحها وليست من إماء أهل الكتاب يحرم وطؤها ؛ فلأن النكاح إذاً حرم لكونه طريقاً إلى الوطء . فلأن يحرم الوطء بنفسه بطريق الأولى .

وأما كون إماء أهل الكتاب لا يحرم وطؤهن بملك اليمين وإن حرم نكاحهن ؛ فلأن حرمة النكاح إنما كان من أجل إرقاق الولد وإبقائه مع كافرة ، وهو معدوم في الوطء بملك اليمين .

فصل [في نكاح الخنثى]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (ولا يحل نكاح خنثى مشكل حتى يتبين أمره . نص عليه . وقال الخرقي: إذا قال: أنا رجل لم يمنع من نكاح النساء ، ولم يكن له أن ينكح بغير ذلك بعد ، وإن قال: أنا امرأة لم ينكح إلا رجلاً . فلو تزوج امرأة ثم قال: أنا امرأة انفسخ نكاحه ، ولو زُوِّج برجل ثم قال: أنا رجل لم يقبل قوله في فسخ النكاح) .

أما كون الخنثى المشكل لا يحل نكاحه حتى يتبين أمره على منصوص الإمام أحمد ؛ فلأنه مشكوك في حله للرجال والنساء . فلم يحل نكاحه حتى يتبين أمره ؛ كما لو اشتبهت أخته بأجنبية .

وأما كونه لا يمنع من نكاح النساء إذا قال: أنا رجل على قول الخرقي ؛ فلأن كونه رجلاً معنى يعرف من جهته وليس فيه إيجاب حق على غيره . فوجب أن يقبل منه ؛ كما يقبل قول المرأة في انقضاء عدتها ، وإذا قبل قوله في ذلك لم يمنع من نكاح النساء كغيره .

وأما كونه لا يكون له أن ينكح بغير ذلك بعد ؛ فلأنه أقر بتحريمه .

ولأنه إذا ادعى غير الأول يكون مكذباً لنفسه مدعياً دعوى تناقض قوله الأول . فلم يلتفت إليه ؛ كالإنكار بعد الإقرار .

وأما كونه لا ينكح إلا رجلاً إذا قال: أنا امرأة ؛ فلأنه يقبل قوله في كونه امرأة لما تقدم . والمرأة ليس لها أن تنكح رجلاً فكذا الخنثى المذكور .

وأما كونه ينفسخ نكاحه إذا قال: أنا امرأة بعد أن تزوج امرأة ؛ فلأن النكاح له وقد أقر ببطلانه .

وأما كونه لا يقبل قوله في فسخ النكاح إذا قال: أنا رجل بعد أن زُوِّج برجل ؛ فلأن النكاح حق عليه . فلم يقبل قوله في إسقاط حق الغير .

باب الشروط في النكاح

قال المصنف رحمه الله تعالى: **(وهي قسمان: صحيح ؛ مثل : اشتراط زيادة في المهر ، أو نقد معين ، أو أن لا يخرجها من دارها أو بلدها ، أو لا يتزوج عليها ولا يتسرى : فهذا صحيح لازم إن وفى به ، وإلا فلها الفسخ)** .

أما كون شروط النكاح قسمين صحيحاً وفاسداً ؛ فلأنه عقد معاوضة . فكانت شروطه قسمين صحيحاً وفاسداً ؛ كالبيع .

ويدل على أن من شروطه ما يكون صحيحاً ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « إن أحقَ ما وفَّيتُم به من الشروطِ ما استحلَلتُم به الفُروج »[1] . رواه سعيد .

وفي لفظٍ: « إن أحقَّ الشروطِ أن تُوفُّوا بها ما استحللتُم به الفُروج »[2] . متفق عليه .

وأما قول المصنف: مثل اشتراط زيادة المهر ... إلى آخره ؛ فبيانٌ للشروط الصحيحة وتعداد لها .

وأما كون ذلك كله صحيحاً ؛ فلأنه داخل فيما تقدم .

ولأن قول النبي ﷺ: « المؤمنونَ على شُروطهم »[3] يشمل ذلك كله .

وروي « أن رجلاً تزوّجَ امرأةً وشرطَ لها دارها ثم أرادَ نقلها فخاصموه إلى عمر . فقال: لها شرطها . فقال الرجل: إذًا يُطلِّقْننا . فقال عمر: مقاطعُ الحقوقِ عندَ الشروط »[4] .

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٦٥٨) ١: ١٨٠ كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط في النكاح .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٥٦) ٥: ١٩٧٨ كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٨) ٢: ١٠٣٥ كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٩٤) ٣: ٣٠٤ كتاب الأقضية، باب في الصلح .

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٦٦٢) ١: ١٨١ كتاب النكاح، باب ما جاء في الشرط في النكاح .
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٢٤٩ كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح .

ولأن شرط الزيادة في المهر والنقد المعين صحيح وفاقاً ، وشرط كلٍ واحد مما بقي شرط لها فيه منفعة ومقصود لا يمنع مقصود النكاح . فكان صحيحاً ؛ كما لو شرط في البيع نقداً معيناً .

وأما كون ذلك كله لازماً إن وفى به وإلا فلها الفسخ ؛ فلأنه لو شرط في البيع كون المبيع كاتباً أو صانعاً أو ما أشبه ذلك كان حكمه ما ذُكر . فكذا هذا .

قال: (وإن شرط لها طلاق ضرتها فقال أبو الخطاب: هو صحيح . ويحتمل أنه باطل لقول رسول الله ﷺ: « لا تَسأل المرأةُ طلاقَ أُختها لتكْتفئَ ما في صَحْفَتها ، ولْتَنْكِحْ ، فإنَّ لها ما قُدِّرَ لها »[(١)]) .

أما كون شرط ذلك صحيحاً على ما قال أبو الخطاب ؛ فلأن لها في ذلك نفعاً . أشبه ما لو شرطت دارها .

وأما كونه يحتمل أنه باطل ؛ فلما ذكره المصنف رحمه الله تعالى من الحديث . وهذا الاحتمال هو اختيار المصنف وقدمه في المغني . وقال عن قول أبي الخطاب: لم أره لغيره . وذكر ما يدل على فساده من الحديث المذكور ، وما روى أبو هريرة قال: « نَهى رسولُ اللهِ ﷺ أن تَشترطَ المرأةُ طلاقَ أُختِها »[(٢)]. رواهما البخاري .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٢٢٧) ٦: ٢٤٣٥ كتاب القدر، باب: ﴿وكان أمر الله قدراً مقدوراً﴾ .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٨) ٢: ١٠٢٩ كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٥٧٧) ٢: ٩٧١ كتاب الشروط، باب الشروط في الطلاق .

فصل [في شروط النكاح الفاسدة]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (القسم الثاني: فاسد. وهو ثلاثة أنواع:

أحدها: ما يُبطل النكاح. وهو ثلاثة أشياء:

أحدها: نكاح الشغار. وهو: أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته، ولا مهر بينهما. فإن سموا مهراً صح. نص عليه، وقال الخرقي: لا يصح).

أما كون هذا القسم الثاني؛ فلأنه يلي الأول.

وأما كونه فاسداً؛ فلأن شروط النكاح لما كانت قسمين صحيحاً وفاسداً وكان الأول هو الصحيح كان الثاني هو الفاسد.

وأما كونه ثلاثة أنواع؛ فلأنه تارة يُبطل العقد، وتارة لا يُبطله، ويكون تارة[1] في إبطاله له خلاف. وسيأتي ذكر ذلك في مواضعه.

وأما كون الذي يُبطله ثلاثة أشياء؛ فلأنه تارة يكون نكاح شغار، وتارة نكاح محلل، وتارة نكاح متعة.

وأما كون أحد الأشياء التي تبطل النكاح نكاح الشغار؛ فلما روى ابن عمر « أن رسول الله ﷺ نهى عن الشِّغَار »[2] متفق عليه.

وروى أبو هريرة مثله[3]. أخرجه مسلم.

وعن[4] عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ قال: « لا جَنَبَ ولا جَلَبَ ولا شِغَارَ في الإسلام »[5].

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٢٢) ٥: ١٩٦٦ كتاب النكاح، باب الشغار.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٥) ٢: ١٠٣٤ كتاب النكاح، باب تحريم نكاح الشغار وبطلانه.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤١٦) ٢: ١٠٣٥ الموضع السابق.

(٤) في أ: عن.

(٥) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٢٣) ٣: ٤٣١ كتاب النكاح، باب ما جاء في النهي عن نكاح الشغار ⇐

ولأنه جعل كل واحد من العقدين سلفاً في الآخر . فكان باطلاً ؛ كما لو قال: بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي .

وأما قول المصنف: وهو أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ولا مهر بينهما ؛ فبيانٌ لمعنى نكاح الشغار .

وفي حديث ابن عمر: « الشِّغَارُ أن يزوجه ابنتَه على أن يزوجه ابنتَه وليسَ بينهما صَداق »[1] متفق عليه .

وفي حديث أبي هريرة: « الشغارُ أن يقولَ الرجلُ للرجل: زوِّجني ابنتكَ وأُزوِّجُكَ ابنتي »[2] . رواه مسلم .

وأما كون ذلك يصح إذا سموا مهراً على منصوص الإمام أحمد ؛ فلما تقدم من الحديث .

ولأن الشغار ملحوظ فيه الخلو ؛ لأنه مأخوذ من شَغَر الكلب إذا رفع رجله ليبول ، وهذا المعنى مفقود هاهنا .

وأما كونه لا يصح على قول الخرقي ؛ فـ « لأن العباس بن عبدالله بن العباس أنكحَ عبدالرحمن بن الحكم ابنته على أن يُنكحه الآخر ابنته ، وكانا جعلا صَداقاً . فكتب معاويةُ إلى مروان فأمرَه أن يفرّق بينهما ، وقال في كتابه: هذا الشِّغَارُ الذي نهى عنه رسول الله ﷺ »[3] .

ولأنه شَرط نكاح إحداهما لنكاح الأخرى . فلم يصح ؛ كما لو لم يسميا صداقاً . ويحققه أن عدم التسمية ليس بمفسد . بدليل نكاح المفوضة فعلم أن المفسد هو الشرط وقد وجد .

ولأنه سلف في عقد . فأفسده ؛ كما لو قال: بعتك ثوبي بعشرة على أن تبيعني ثوبك بعشرين .

⇨

وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٣٥) ٦: ١١١ كتاب النكاح، الشغار .

(١) سبق تخريج حديث ابن عمر قريباً.

(٢) سبق تخريج حديث أبي هريرة قريباً.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٧٥) ٢: ٢٢٧ كتاب النكاح ، باب: في الشغار.

والأول أصح ؛ لأن حديث ابن عمر متفق عليه وهو يوافق المعنى . فكان الأخذ به أولى .

قال: (والثاني: نكاح المحلّل . وهو : أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها . فإن نوى ذلك من غير شرط لم يصح أيضا في المذهب ، وقيل : يكره ويصح) .

أما كون ثاني الأشياء التي تبطل النكاح نكاح المحلِّل ؛ فلما روي عن النبي ﷺ أنه قال: « لعنَ اللهُ المحلِّلَ والمحلَّلَ له »[1]. رواه أبو داود وابن ماجة والترمذي وقال: حديث حسن صحيح .

وعن عقبة بن عامر أن النبي ﷺ قال: « ألا أُخبركم بالتيسِ المستعارِ ؟ قالوا: بلى يا رسولَ الله! قال : هو المحلِّلُ . لعنَ اللهُ المحلِّلَ والمحلَّلَ له »[2]. رواه ابنُ ماجة .

وعن عمر: « لا أُوتى بمحل ومحلل له إلا رجمتهما » . رواه الأثرم .

ولو لم يبطل ذلك النكاح لما لعن فاعله ولا رجم .

وأما قول المصنف: وهو أن يتزوجها على أنه إذا أحلها طلقها ؛ فبيانٌ لمعنى نكاح المحلل .

وأما كونه لا يصح إذا نوى ذلك من غير شرط في ظاهر المذهب ؛ فلما روي عن ابن عمر : « أن رجلاً قال له: امرأة تزوجتها أُحِلُّها لزوجها لم يأمرني ولم يعلم . قال: لا . إلا نكاح رغبة . إن أعجبتك أمسكتها وإن كرهتها فارقتها . قال: وإن كنا نعده على عهد رسول الله ﷺ سفاحًا . وقال: لا يزالا زانيين وإن مكثا عشرين سنة»[3] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٧٦) ٢: ٢٢٧ كتاب النكاح، باب في التحليل .

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١١٩) ٣: ٤٢٧ كتاب النكاح، باب ما جاء في المحل والمحلل له .

وأخرجه النسائي في سننه (٣٤١٦) ٦: ١٤٩ كتاب الطلاق، باب إحلال المطلقة ثلاثًا وما فيه من التغليظ .

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٣٥) ١: ٦٢٢ كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له .

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٣٦) ١: ٦٢٣ كتاب النكاح، باب المحلل والمحلل له .

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٢٠٨ كتاب النكاح ، باب ما جاء في نكاح المحلل.

وأخرجه الحاكم في المستدرك (٢٨٠٦) ٢: ٢١٧ كتاب الطلاق .

وأما كونه يكره ويصح على قول : أما الكراهة ؛ فلأنه مختلف في صحته ، وأما الصحة ؛ فلأنه عقد خلا عن شرط يفسده . أشبه ما لو طلقها لغير الإحلال أو ما لو نوت المرأة ذلك .

ولأن العقد إنما يبطل بما شرط لا بما قصد[1]. بدليل ما لو اشترى عبداً بشرط أن لا يبيعه لم يصح ، ولو نوى أن لا يبيعه صح .

قال: (الثالث: نكاح المتعة . وهو : أن يتزوجها إلى مدة) .

أما كون ثالث الأشياء التي تبطل النكاح نكاح المتعة ؛ فـ « لأن النبي ﷺ حرَّمَ مُتعةَ النساء »[2] . رواه أبو داود .

وفي لفظٍ: « يا أيها الناس ! إني كنتُ أذنتُ لكم في الاستمتاع . ألا! وإن الله قد حرّمها إلى يومِ القيامة »[3] . رواه ابن ماجة .

وعن علي « أن رسولَ اللهِ ﷺ نهى عن متعةِ النساءِ يومَ خيبر »[4] أخرجه الأئمة .

وأما قول المصنف: وهو أن يتزوجها إلى مدة ؛ فبيانٌ لمعنى المتعة المحرمة . والمراد ذكر المدة في العقد ؛ مثل أن يقول: زوجتك ابنتي شهراً أو سنة أو إلى انقضاء الموسم أو إلى قدوم الحاج ونحو ذلك . فإن لم يذكر المدة في العقد بل نوى الطلاق بعد شهراً أو إذا انقضت حاجته في هذا البلد : كان النكاح صحيحاً ؛ لأن الرجل ليس عليه أن ينوي حبس امرأته .

---

(١) في أ : عقد ، وما أثبتناه من الشرح الكبير ٧: ٥٣٣.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٧٣) ٢: ٢٢٧ كتاب النكاح، باب في نكاح المتعة .

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٦٢) ١: ٦٣١ كتاب النكاح، باب النهي عن نكاح المتعة .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٩٧٩) ٤: ١٥٤٤ كتاب المغازي، باب غزوة خيبر .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٧) ٢: ١٠٢٧ كتاب النكاح، باب نكاح المتعة . .

وأخرجه أبو داود في سننه (٢٠٧٣) ٢: ٢٢٧ كتاب النكاح، باب في نكاح المتعة . عن ربيع بن سبرة عن أبيه .

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٢١) ٣: ٤٢٩ كتاب النكاح، باب ما جاء في تحريم نكاح المتعة .

وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٦٦) ٦: ١٢٦ كتاب النكاح، تحريم المتعة .

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٦١) ١: ٦٣٠ كتاب النكاح، باب النهي عن نكاح المتعة .

وأخرجه أحمد في مسنده (١٢٠٧) طبعة إحياء التراث .

قال: (ونكاح شرط فيه طلاقها في وقت، أو علق ابتداءه على شرط؛ كقوله: زوجتك إذا جاء رأس الشهر أو إن رضيت أمها: فهذا كله باطل من أصله).

أما كون نكاح شُرط فيه طلاق الزوجة باطلاً من أصله؛ فلأنه شرط مانع من بقاء النكاح. أشبه المتعة.

وأما كون نكاح عُلق ابتداؤه على شرط باطلاً من أصله؛ فلأن النكاح عقد معاوضة. فبطل بتعليقه على شرط؛ كالبيع.

قال: (النوع الثاني: أن يشترط أن لا مهر لها، أو لا نفقة، أو يقسم لها أكثر من امرأته الأخرى أو أقل: فالشرط باطل، ويصح النكاح).

أما كون الشرط باطلاً؛ فلأنه ينافي مقتضى العقد.

ولأنه يتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده. فتبطل؛ كما لو أسقط الشفيع شفعته قبل البيع.

وأما كون النكاح يصح؛ فلأن الشرط يعود إلى معنى زائد في العقد لا يشترط ذكره ولا يضر الجهل به. فلم يبطله؛ كما لو شرط في العقد صداقاً محرماً.

ولأن النكاح يصح مع الجهل بالعوض. فجاز أن يصح مع الشرط الفاسد المذكور؛ كالعتق.

قال: (الثالث: أن يشترط الخيار، أو إن جاءها بالمهر في وقت وإلا فلا نكاح بينهما: فالشرط باطل، وفي صحة النكاح روايتان).

أما كون الشرط باطلاً؛ فلأنه ينافي مقتضى العقد.

وأما كون النكاح يصح في روايةٍ؛ فلأنه يصح مع المجهول. فيصح مع الشرط الفاسد؛ كالعتق.

وأما كونه لا يصح في روايةٍ؛ فلأن عقد النكاح يجب أن يكون ثابتاً لازماً. فنافاه الشرط وأبطله.

فصل [إذا اختلف الشرط]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (فإن تزوجها على أنها مسلمة فبانت كتابية فله الخيار . وإن شرطها كتابية فبانت مسلمة فلا خيار له . وقال أبو بكر : له الخيار) .

أما كون الزوج له الخيار إذا تزوج على الزوجة مسلمة فبانت كتابية ؛ فلأنه نقص وضرر يتعدى إلى الولد . أشبه ما لو شرطها حرة فبانت أمة .

وأما كونه لا خيار له إذا شرطها كتابية فبانت[1] مسلمة على المذهب ؛ فلأنه زاده خيراً .

وأما كونه له الخيار على قول أبي بكر ؛ فلأنه قد يكون له غرض في عدم وجوب العبادات .

قال: (وإن شرطها أمة فبانت حرة فلا خيار له . وإن شرطها بكراً أو نسيبة أو جميلة أو شرط نفي العيوب التي لا يفسخ بها النكاح فبانت بخلافه فهل له الخيار ؟ على وجهين) .

أما كون الزوج لا خيار له إذا شرط الزوجة أمة فبانت حرة ؛ فلأنه ازداد بذلك خيراً . أشبه المبيع إذا شُرط فيه شرطٌ فبان الشرط خيراً مما شرط .

وأما كونه لا خيار له إذا شرطها بكراً ... إلى آخره على وجه ؛ فلأن النكاح لا يُرد بعيبٍ سوى العيوب السبعة . فلا يُرد بمخالفة الشرط ؛ كما لو شرطت ذلك في الرجل .

وأما كونه له الخيار على وجه ؛ فلأنها صفة مقصودة . أشبه ما تقدم .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق .

قال: (وإن تزوج أمة يظنها حرة فأصابها وولدت منه: فالولد حر، ويفديهم بمثلهم يوم ولادتهم ويرجع بذلك على من غره، ويفرق بينهما إن لم يكن ممن يجوز له نكاح الإماء، وإن كان ممن يجوز له ذلك فله الخيار. فإن رضي المقام معها فما ولدت بعد ذلك فهو رقيق).

أما كون الولد فيما ذُكر حراً؛ فلأن الزوج يظنه حراً. فأثر اعتقاده في حريته؛ كما لو وطئ أمة اشتراها يظنها ملكاً لبائعها فإذا هي مغصوبة.

وأما كون الزوج يفدي أولاده؛ فلأن عمر وعلياً وابن عباس قضوا بذلك.

وعن الإمام أحمد: لا يجب الفداء؛ لأن الولد انعقد حراً. فلم يملكه سيد الأمة فلم يجب فداؤه.

والأول أولى لقضاء الصحابة.

ولأن الولد نماء الأمة المملوكة وقد فوّت رقه. فوجب فداؤه؛ لفوات رقه بفعله.

وأما كونه يفديهم بمثلهم على المذهب؛ فلما روى سعيد بن المسيب قال: «بِعتُ جاريةً لرجلٍ من العرب وانتمت إلى بعضِ العربِ. فتزوّجها رجلٌ من بني عذرة، ثم إن سيدها دبّ فاستاقها واستاقَ ولدها. فاختصموا إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقضى على العذري بفداءِ ولده بغيره مكانَ كل غلامٍ بغلام، ومكانَ كل جاريةٍ بجارية».

وعن الإمام أحمد رضي الله عنه: يفديهم بقيمتهم؛ لأن الحيوان ليس بمثل.

وعنه: هو مخير بين المثل والقيمة؛ لأنهما جميعاً مرويان عن عمر رضي الله عنهما.

وقال المصنف في المغني: الصحيح أنه يضمن بالقيمة؛ كسائر المضمونات المتقومات.

وأما كون الفداء معتبراً يوم الولادة؛ فلأن الصحابة المقدم ذكرهم قضوا بذلك.

ولأن المذكور محكوم بحريته عند الوضع. فوجب أن يضمنه حينئذ؛ لفوات رقه حينئذ.

وأما كون الزوج يرجع بالفداء على من غرّه ؛ فلأن الصحابة المتقدم ذكرهم قضوا بذلك .

ولم يذكر المصنف الرجوع بالمهر ، والمذهب أنه يرجع به . قال القاضي: لأن عمر قضى به .

ولأن العاقد ضمن له سلامة الوطء كما ضمن له سلامة الولد . فكما يرجع عليه بقيمته . فكذلك يرجع بالمهر .

وعن الإمام أحمد: لا يرجع بالمهر . وأجازه أبو بكر ؛ لأنه وجب عليه في مقابلة نفع وصل إليه وهو الوطء . فلم يرجع به ؛ كما لو اشترى مغصوباً فأكله . بخلاف قيمة الولد فإنه لم يحصل في مقابلته عوض ؛ لأنها وجبت بحرية الولد ، وحرية الولد للولد لا لأبيه .

وأما كونه يفرق بينه وبين الأمة إن كان[1] ممن لا يحل له نكاح الإماء . وهو من يجد الطّول أو لا يخشى العنت ؛ فلأنّا تبيّنا أن النكاح فاسد من أصله لعدم شرطه .

وأما كونه له الخيار إن كان ممن يجوز له ذلك . وهو من لا يجد الطول ويخشى العنت ؛ فلأنه عقد غُرّ فيه أحد الزوجين بحرية الآخر . فثبت له الخيار ؛ كالآخر .

وأما كون ما ولدت الزوجة بعد ذلك رقيقاً إذا رضي بالمقام مع الأمة ؛ فلأن المانع من رقهم في المغرور اعتقاد الزوج حريتها ، وقد زال ذلك بالعلم .

قال: (وإن كان المغرور عبداً فولده أحرار ، ويفديهم إذا عتق ، ويرجع به على من غرّه) .

أما كون ولد العبد المغرور أحراراً ؛ فلأنه ساوى الحر في السبب الموجب للحرية ، وهو الاعتقاد .

وأما كون العبد يفديهم إذا عتق فلفوات الرق المستحق . وإنما تأخر الفداء إلى العتق ؛ لأنه لا مال له في الحال .

وفيه وجه: أنه يتعلق برقبته قياساً على جنايته .

---

(١) في أ: لم يكن . ولعل الصواب ما أثبتناه.

وفرّق المصنف بين الفداء وبين الجناية من حيث: إن الجناية من فعله . بخلاف الفداء فإنه لم يجئ في عتقهم ، وإنما عتقوا من طريق الحكم .

وأما كونه يرجع على من غره ؛ فلما تقدم في الحرة .

قال: (وإن تزوجت رجلاً على أنه حر أو تظنه حراً فبان عبداً فلها الخيار) .

أما كون الزوجة لها الخيار فيما ذكر ؛ فلأن الخيار لما ثبت للعبد إذا غُرّ من أمة ثبت للأمة إذا غُرت بعبد .

وأما كون قول المصنف: وإن تزوجت رجلاً ؛ فيعمتد أن المرأة أمة أو أن حرية الرجل ليست من شروط النكاح ؛ لأنها لو كانت حرة وكانت حرية الزوج شرطاً لصحة النكاح لم يكن لها خيار ؛ لأن النكاح باطل من أصله والخيار يعتمد الصحة .

فصل [إذا عتقت الأمة وزوجها حر]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وإن عتقت الأمة وزوجها حر فلا خيار لها في ظاهر المذهب . وإن كان عبداً فلها الخيار في فسخ النكاح ، ولها الفسخ بغير حكم حاكم) .

أما كون الأمة لا خيار لها إذا عتقت وزوجها حر في ظاهر المذهب ؛ فلأنها كافأت زوجها في الكمال . فلم يثبت لها الخيار ؛ كما لو أسلمت الكتابية تحت مسلم .

وعن الإمام أحمد رضي الله عنه: لها الخيار ؛ لما روت عائشة « أن النبي ﷺ خيّر بريرةَ ، وكان زوجها حرًّا »[1] . رواه النسائي .

والأول أصح ؛ لما تقدم .

وأما خبر عائشة رضي الله عنها فيرويه عنها الأسود ، وروى عنها القاسم بن محمد وعروة « أن زوج بريرة كان عبدًا »[2]. وهما أخص بها من الأسود ؛ لأنهما ابن أخيها وابن أختها .

وروى الأعمش عن إبراهيم عن الأسود عن عائشة رضي الله عنها « أن زوج بريرة كان عبدًا »[3]. فتتعارض روايتاه وتبقى رواية غيره سالمة عن المعارض .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٣٥) ٢: ٢٧٠ أبواب الطلاق، باب من قال كان حرًا .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٥٥) ٣: ٤٦١ كتاب الرضاع، باب ما جاء في المرأة تعتق ولها زوج .
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٥٠) ٦: ١٦٣ كتاب الطلاق، باب خيار الأمة تعتق وزوجها حر .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٧٨) ١: ٦٧١ كتاب الطلاق، باب خيار الأمة إذا أعتقت .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٤٠٥) ٦: ١٧٠ .

(٢) ر . تخريج الحديث التالي .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٣٣،٢٢٣٤) ٢: ٢٧٠ كتاب الطلاق، باب في المملوكة تعتق وهي تحت حر أو عبد .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٥٧٩٦) ٦: ٢٠٩ .

وقال ابن عباس: « كان زوجُ بريرةَ عبدًا أسود لبني المغيرة يقال له مُغيث»[1]. رواه البخاري وغيره .

وأما كونها لها[2] الخيار إذا كان عبداً ؛ فلما روت عائشة رضي الله عنها قالت: « كاتبتْ بريرة فخيّرها رسول الله ﷺ في زوجها ، وكان عبداً فاختارتْ نفسَها »[3]. رواه مالك في الموطأ وأبو داود والنسائي .

ولأن عليها ضرراً في كونها حرة تحت العبد . فكان لها الخيار ؛ كما لو تزوجت حرة شخصاً على أنه حر فبان عبداً .

وأما كونها لها الفسخ بغير حكم حاكم ؛ فلأنه مجمع عليه غير[4] مجتهد فيه . فلم يفتقر إلى حكم حاكم ؛ كالرد بالعيب في المبيع . بخلاف خيار العيب في النكاح فإنه مجتهد فيه . فافتقر إلى حكم حاكم ؛ كالفسخ للإعسار .

قال: (فإن أُعتق قبل فسخها أو أمكنته من وطئها بطل خيارها) .

أما كون خيار الزوجة يبطل إذا عتق الزوج قبل فسخها ؛ فلأن الخيار لدفع الضرر بالرق وقد زال بإعتاقه . فسقط ؛ كالمبيع إذا زال عيبه .

وأما كونه يبطل إذا أمكنته من وطئها قبل ذلك ؛ فلأن النبي ﷺ قال في حديث بريرة: « وإن وَطِئَها فلا خِيارَ لها »[5] . رواه الإمام أحمد والأثرم .

وفي روايةٍ أبي داود: « فإن قَربَكِ فلا خِيارَ لك »[6] .

فإن قيل: إسقاط الخيار مرتب على نفس الوطء لا على ما إذا أمكنته .

قيل: الوطء يقع على صورتين:

أحدهما: في حال طوعها ، والتمكين إذاً حاصل .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩٧٨) ٥: ٢٠٢٣ كتاب الطلاق، باب خيار الأمة تحت العبد .
وأخرجه أبو داود في سننه (٢٢٣١) ٢: ٢٧٠ كتاب الطلاق، باب في المملوكة تعتق وهي تحت حر أو عبد .

(٢) في أ: له .

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٣٤٥١) ٦: ١٦٤ كتاب الطلاق، باب خيار الأمة تعتق وزوجها مملوك .

(٤) زيادة يقتضيها السياق.

(٥) أخرجه أحمد في مسنده (١٦٦٧٠) ٤: ٦٥ .

(٦) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٣٦) ٢: ٢٧١ أبواب الطلاق، باب حتى متى يكون لها الخيار .

وثانيهما: في حال إكراهها وذلك لا يسقط الخيار ؛ لأنها معذورة ولهذا قال النبي ﷺ: « عُفي لأمتي عن الخطأ والنسيانِ وما استكرهُوا عليه »[1] .

فعلى هذا يجب حمل الحديث على الصورة الأولى جمعاً بين الآثار وطرداً للقواعد .

قال: (فإن ادعت الجهل بالعتق وهو مما يجوز جهله أو الجهل بملك الفسخ فالقول قولها ، وقال الخرقي : يبطل خيارها علمت أو لم تعلم) .

أما كون القول قول الزوجة إذا ادعت الجهل بالعتق وهو مما يجوز جهله ؛ مثل : أن يعتقها سيدها ببلد آخر على قول غير الخرقي ؛ فلأن القول المذكور محتمل للصدق ويعضده الأصل ؛ لأن الأصل عدم العلم .

وفي تقييد ذلك بذلك إشعارٌ بأن العتق إن كان مما لا يجوز الجهل به ؛ مثل: أن يكون ببلد المعتقة ، واشتهر ذلك : لم يكن القول قولها ؛ لأنه خلاف الظاهر .

وأما كون القول قولها إذا ادعت الجهل بملك الفسخ على القول المتقدم ذكره ؛ فلأن ذلك لا يعرفه إلا خواص الناس فيعضد صدقها الظاهر .

وأما كون الخيار يبطل على قول الخرقي علمت أو لم تعلم ؛ فلما تقدم من الحديث .

وعن حفصة : « أنها قالت لامرأة عتقت تحت زوجها: أمْرُكِ بيدكِ ما لم يمسَّكِ فإن مسَّكِ فليس لكِ من الأمرِ شيء »[2] . رواه مالك .

وعن ابن عمر « لها الخيارُ ما لم يمسَّها »[3] .

ولأنه خيار عيب . فيسقط بالتصرف فيه مع الجهالة ؛ كخيار الرد بالعيب .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٤٣) ١ : ٦٥٩ كتاب الطلاق، باب طلاق المكرة والناسي .

(٢) أخرجه الإمام مالك في موطئه (٢٧) ٢: ٤٤١ كتاب الطلاق، باب ما جاء في الخيار .

(٣) أخرجه مالك في موطئه (٢٦) ٢: ٤٤١ الموضع السابق .

قال: (وخيار المعتقة على التراخي ما لم يوجد منها ما يدل على الرضا. فإن كانت صغيرة أو مجنونة فلها الخيار إذا بلغت وعقلت وليس لوليها الاختيار عنها).

أما كون خيار المعتقة على التراخي؛ فلأن النبي ﷺ قال: «إذا عَتَقَتِ المرأةُ فهي بالخيار ما لم يطَأْهَا إن شاءتْ فارقَتْه»[1]. رواه الإمام أحمد والأثرم.

ولأنه[2] قول ابن عمر وأخته حفصة.

قال ابن عبدالبر: لا أعلم لابن عمر وحفصة مخالفاً في الصحابة.

ولأن الحاجة داعية إلى ذلك. فثبت؛ كخيار القصاص أو خيار لدفع ضرر متحقق. أشبه خيار القصاص.

وأما كون الصغيرة والمجنونة لها الخيار إذا بلغت وعقلت؛ فلأنهما حينئذ صار لكلامهما حكم. بخلاف ما قبل ذلك.

وأما كون وليهما ليس له الاختيار عنهما؛ فلأنه خيارٌ طريقه الشهوة. أشبه خيار القصاص.

قال: (فإن طلقت قبل اختيارها وقع الطلاق. وإن عتقت المعتدة الرجعية فلها الخيار. فإن رضيت بالمقام فهل يبطل خيارها؟ على وجهين).

أما كون الطلاق يقع إذا طلقت قبل اختيارها؛ فلأنه صادف نكاحاً.

وأما كون المعتدة الرجعية لها الخيار إذا عتقت؛ فلأن نكاح الرجعية باق قبل الفسخ ولها في الفسخ فائدة؛ لأنها لا تأمن رجعته إذا لم يفسخ.

وفي تقييده المعتدة بالرجعية إشعار بأن البائن لا خيار لها. وهو صحيح صرح به في المغني وغيره؛ لأن الفسخ إنما يكون في نكاح ولا نكاح للبائن.

وأما كون الخيار يبطل إذا رضيت بالمقام معه على وجه؛ فلأنها رضيت بالمقام مع جريانها إلى البينونة وذلك ينافي الخيار.

وأما كونه لا يبطل على وجه؛ فلأنها حالة يصح فيها اختيار المقام. فصح فيها اختيار الفسخ؛ كصلب النكاح.

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٦٦٧٠) ٤: ٦٥.

(٢) في أ: لأنه.

قال: (ومتى اختارت المعتقة الفرقة بعد الدخول فالمهر للسيد . وإن كان قبله فلا مهر . وقال أبو بكر : لسيدها نصف المهر) .

أما كون المهر للسيد إذا اختارت المعتقة الفرقة بعد الدخول ؛ فلأن المهر استقر بالدخول . فيكون لمالكها حينئذ .

وأما كونه لا مهر إذا اختارت الفرقة قبل الدخول على المذهب ؛ فلأن الفرقة جاءت من قبلها . فسقط مهرها ؛ كما لو أسلمت أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها رضاعه .

وأما كون نصف المهر للسيد على قول أبي بكر ؛ فلأنه وجب للسيد فلا يسقط بفعل غيره .

وأجاب المصنف في المغني عن هذا بأنه وإن وجب للسيد لكن بواسطتها . وفيه نظر ؛ لأن الأمة لو نكحت لم يسقط مهرها للمطاوعة كالحرة ؛ لأنه حق للسيد . فلا يسقط بالبذل وفيه ما ذكر .

قال: (وإن أعتق أحد الشريكين وهو معسر فلا خيار لها ، وقال أبو بكر : لها الخيار) .

أما كون المعتق بعضها لا خيار لها على قول غير أبي بكر ؛ فلأنه لا نص فيها ولا هي في معنى الحرة الكاملة ؛ لأنها كاملة الأحكام وذلك مفقود في المعتق بعضها .

وإنما اشترط المصنف رحمه الله تعالى اعتبار المعتق في ذلك لأنه لو كان موسراً لعتق الباقي بالسراية . فيكون لها الخيار ؛ كحريتها كلها .

وأما كونها لها الخيار على قول أبي بكر ؛ فلأنها أكمل منه ؛ لأنها ترث وتورث ، وتحجب بقدر ما فيها من الحرية .

وحكى المصنف في المغني قول أبي بكر روايةً . ونصر الأول لما تقدم . وقال: العقد صحيح فلا يفسخ بالمختلف فيه وهذه مختلف فيها .

قال: (وإن أعتق الزوجان معاً فلا خيار لها . وعنه : ينفسخ نكاحهما) .

أما كون المعتقة مع زوجها لا خيار لها على المذهب ؛ فلأن الحرية الطارئة بعد عتقها تمنع الفسخ . فالمقارنة أولى ؛ كإسلام الزوجين .

وأما كون نكاحهما ينفسخ على روايةٍ ففيه بُعد ، وكذلك لم يذكر المصنف لهذه دليلاً في المغني . وحمله على ما إذا وهب عبده سُرِّية وأذن له في التسري بها ثم أعتقهما جميعاً . وذكر أن جماعة رووا ذلك عن الإمام أحمد وأن الإمام احتج على ذلك بما روى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما « أن عبداً له كان له سُرِّيتان فأعتقهما وأعتقه فنهاه أن يقربهما إلا بنكاحٍ جديد » .

ولأنها بإعتاقها خرجت عن أن تكون مملوكة . فلم يبح له التسري بها ؛ كالحرة الأصلية .

ثم قال: وأما إذا كانت امرأته فعتقا لم ينفسخ نكاحه بذلك ؛ لأنه إذا لم ينفسخ بإعتاقها وحدها فلئلا ينفسخ بإعتاقهما معاً أولى .

باب حكم العيوب في النكاح

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**العيوب المثبتة للفسخ ثلاثة أقسام: أحدها: ما يختص الرجال. وهو شيئان: أحدهما: أن يكون الرجل مجبوباً قد قطع ذكره، أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به. فإن اختلفا في إمكان الجماع بالباقي فالقول قولها. ويحتمل أن القول قوله**).

أما كون العيوب المثبتة للفسخ ثلاثة أقسام؛ فلأن منها ما يختص الرجال، ومنها ما يختص النساء، ومنها ما يشترك فيه الرجال والنساء.

أما كون ما يختص الرجال[1] شيئين؛ فلأن منها ما يكون جَبًّا، ومنها ما يكون عِنّة.

وأما كون أحد الشيئين المذكورين: أن يكون الرجل مجبوباً قد قطع ذكره، أو لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع معه؛ فلأن ذلك يمنع المقصود من النكاح. أشبه العنة. بل أولى؛ لأنه لا يرجى زواله. بخلاف العنة.

وأما كون القول قول الزوجة إذا اختلفت هي والزوج في إمكان الجماع بالباقي على المذهب؛ فلأنها تدّعي شيئاً يعضده الحال فكان القول قولها، وذلك أن الذكر يضعف بالقطع.

ولأنها ادعت عدم الوطء والأصل معها.

وأما كونه يحتمل أن القول قوله؛ فلأنهما لو اختلفا في العنة كان القول قوله. فكذا هاهنا.

ولأن له ما يمكن الجماع بمثله. أشبه من له ذكر قصير.

(١) في أ: النساء.

قال: (الثاني: أن يكون عنّيناً لا يمكنه الوطء. فإن اعترف بذلك أُجّل سنة منذ ترافعه. فإن وطئ فيها، وإلا فلها الفسخ).

أما كون ثاني الشيئين اللذين يختصان الرجال من العيوب المثبتة للفسخ: أن يكون الرجل عنيناً لا يمكنه الوطء؛ فلأن عمر رضي الله عنه قضى به[1].

ولأن العنة معنى لا يمكن معه الوطء وذلك هو المقصود من النكاح.

وأما كون الزوج يؤجل سنة منذ ترافعه الزوجة؛ فلأن عمر رضي الله عنه أجَّلَ العنّين سنة[2].

ولأن ذلك العجز يحتمل أن يكون مرضاً. فضُربت له سنة لتمر به الفصول الأربعة: فإن كان من يبس زال في فصل الرطوبة، وإن كان من رطوبة زال في فصل الحرارة، وإن كان من انحراف مزاج زال في زمن الاعتدال. فإذا زالت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية[3] ولم يزل: علم أنه خلقة.

وحكي عن أبي عبدالله أن أهل الطب يقولون: الداء لا يستجن في البدن أكثر من سنة ثم يظهر.

وأما كون الزوجة لها الفسخ عند عدم الوطء في السنة؛ فلأنه يثبت عنته. فيثبت الفسخ؛ لما تقدم.

قال: (وإن اعترفت أنه وطئها مرة بطل كونه عنّيناً. وإن وطئها في الدبر أو وطئ غيرها لم تزل العنة. ويحتمل أن تزول).

أما كون الزوج يبطل كونه عِنّيناً إذا اعترفت الزوجة أنه وطئها مرة؛ فلأنه قد تحققت قدرته على الوطء في هذا النكاح، وذلك يبطل عنته.

ولأن حقوق الزوجة من استقرار المهر والعدة تثبت بالوطء مرة واحدة، وقد وجد.

وأما كونه لا تزول عنته إذا وطئها في الدبر على المذهب؛ فلأنه ليس بمحل للوطء. أشبه الوطء دون الفرج.

---

(١) سيأتي تخريجه في الحديث التالي.

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٢٢١) ٣: ٣٠٥ كتاب النكاح، باب المهر.

(٣) في أ: واختلفت الهواء. وما أثبتناه من الشرح الكبير ٧: ٥٧١.

وأما كونه لا تزول عنته بوطء غيرها على المذهب ؛ فلأن حكم كل امرأة معتبر بنفسها .

ولأن الفسخ لدفع الضرر الحاصل بالعجز عن وطئها ، وهو موجود هنا وإن وطئ غيرها .

وأما كونه يحتمل أن تزول ؛ فلأن العنة خلقة وجبلّة . فلا يختلف باختلاف المحل والنساء .

ولأن ذلك يروى عن سمرة وعمر بن عبدالعزيز . وهذا الاحتمال هو اختيار ابن عقيل ، ومقتضى قول أبي بكر . ذكره المصنف في المغني .

قال: (وإن ادعى أنه وطئها وقالت أنها عذراء وشهد بذلك امرأة ثقة : فالقول قولها ، وإلا فالقول قوله) .

أما كون القول قول الزوجة أنها عذراء إذا شهد بذلك امرأة ثقة ؛ فلأن بكارتها أكذبت الزوج . إذ الوطء مع بقاء البكارة متعذر .

وأما كون القول قول الزوج إذا لم تشهد امرأة ثقة بذلك ؛ فلأن الشاهد تكذبه البكارة وهي منتفية .

قال: (وإن كانت ثيباً فالقول قوله . وعنه : القول قولها . وقال الخرقي : يُخلى معها في بيت ويقال له: أخرج ماءك على شيء . فإن ادعت أنه ليس بمني جعل على النار فإن ذاب فهو مني وبطل قولها) .

أما كون القول قول الزوج على روايةٍ ؛ فلأنه لا يعلم إلا من جهته . والأصل السلامة .

وأما كون القول قول الزوجة على روايةٍ ؛ فلأن الأصل عدم الإصابة .

وأما كون الزوج يُخلى معها في بيت على قول الخرقي ؛ فلأن ذلك طريق إلى العلم بصدقه أو كذبه .

وأما كونه يقال له: أخرج ماءك على شيء ؛ فلأن الإنزال علامة على عدم عنته ؛ لأن العنّين يضعف عنه . فإذا أنزل واعترف أنه مني تبين صدقه وتحقق كذبها .

وأما كون الخارج يُجعل على النار إذا ادعت أنه ليس بمني ؛ فلأن ذلك طريق إلى العلم بأنه مني ؛ لأن المني لا يشبه إلا بياض البيض المنتن ، وذلك يحترق بجعله في النار .

وأما كونه منيًّا إذا ذاب ؛ فلأن ذلك شأنه لا شأن ما يشبهه .

وأما كون قولها يبطل عند ذلك فلتحقق كذبها أنه ليس بمني .

فإن قيل: إذا عجز عن إخراج مائه .

قيل: القول قولها ؛ لأن الظاهر معها .

فإن قيل: ما الصحيح في الخلاف المذكور ؟

قيل: حكى المصنف في المغني إذا كانت ثيباً فالقول قوله في ظاهر المذهب وهو ظاهر كلامه هنا لأنه قدم ذلك ، ودليله ما تقدم .

ولأنه يدعي سلامة العقد والأصل معه .

وقال في موضع منه أيضاً: الصحيح ما قال الخرقي لدلالة الخبر والمعنى عليه . ثم قال: والصحيح أن القول قوله كما لو ادعى الوطء في الإيلاء . ثم قال: واعتبار خروج الماء ضعيف لأنه قد يطأ ولا يُنزل وقد يُنزل في غير وطء . فإن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء . وقد يعجز السليم القادر على الوطء في بعض الأحوال . وليس كل من عجز في حال من الأحوال أو وقت من الأوقات يكون عنِّيناً ولذلك جعلت مدته سنة . والله أعلم .

فصل [القسم الثاني]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (القسم الثاني: يختص النساء. وهو شيئان: الرَّتَق. وهو: كون الفرج مسدودًا لا مسلك للذكر فيه، وكذلك القَرْن والعَفَل. وهو: لحم يحدث فيه يسده. وقيل: القَرْن عظم والعَفَل رغوة فيه تمنع لذة الوطء).

أما كون القسم الثاني يختص النساء فظاهر.

وأما كونه شيئين؛ فلأنه تارة يكون مسداً، وتارة يكون انخراقاً.

وأما كون كل واحد من الرَّتَق والقَرْن والعَفَل مثبتاً لخيار الفسخ؛ فلأنه يمنع من استيفاء مقصود النكاح. أشبه الجب والعنة.

ولأن المرأة أحد العوضين في النكاح. فجاز ردها بعيب؛ كالصداق. أو أحد العوضين في عقد النكاح فجاز رده بالعيب. أو أحد العوضين. فثبت له الخيار بالعيب في الآخر؛ كالمرأة.

وأما معنى ذلك فالرَّتَق بتحريك الراء والتاء كون الفرج مسدوداً يعني ملتصقاً لا يدخل الذكر فيه. قاله أبو الخطاب.

قال الجوهري: الرَّتَق مصدر قولك: امرأةٌ رَتْقَاءُ، بَيِّنَةَ الرَّتَق، لا يستطاع جماعُها لارْتتاق ذلك الموضع منها. وقد رَتَقْتُ الفتق أَرْتُقُهُ فارْتَتَقَ. أي: التأم.

وقال القاضي: الرتق والقرن والعفل لحم ينبت في الفرج.

والقَرْن بفتح القاف وسكون الراء قيل: لحم كما تقدم. وقيل: عظم.

والعَفَل بفتح العين والفاء قيل: لحم كما تقدم. وقيل: رغوة تمنع لذة الوطء. قاله أبو حفص.

وقال الجوهري: هو شيء يخرج في قبل المرأة كالأُدْرة التي للرجال، والأُدْرة: نفخة في الخصية.

قال: (والثاني: الفتق. وهو: انخراق ما بين السبيلين، وقيل: انخراق ما بين مخرج البول والمني).

أما كون الفتق مثبتاً للخيار أيضاً ؛ فلأن فيه تنفيراً من الوطء . وربما فات مقصود الوطء . أشبه الجب والعنة وغيرهما من العيوب المثبتة للفسخ .

وأما كون الفتق انخراق ما بين السبيلين على المذهب ؛ فلأنه مصدر قولك: امرأة فتقاء . وهي المنفتقة الفرج ؛ فلأن فيه تنفيراً . أشبه انخراق ما بين السبيلين .

فصل [القسم الثالث]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**القسم الثالث: مشترك بينهما . وهو : الجذام ، والبرص ، والجنون سواء كان مُطْبقاً أو يخنقُ في الأحيان . فهذه الأقسام يثبت فيها خيار الفسخ روايةً واحدة**) .

أما كون الثالث مشتركاً بين الرجل والمرأة فظاهر ؛ لأنه يقع بكل واحد منهما .

وأما كون كل واحد من الجذام والبرص مثبتاً للفسخ ؛ فلأنهما يثيران نفرة في النفس تمنع قربان أحدهما الآخر ويخشى تعديه إلى النفس والنسل ، وذلك وسيلة مانعة من الاستمتاع . فأثبت كل واحد منهما لكل واحد فسخ النكاح ؛ كالجَبِّ والعنّة .

وقد روي عن النبي ﷺ «أنه تزوج امرأةً فرأى بكَشْحِهَا بياضا . فقال لها: البسي ثيابكِ والحقي بأهلِك »[1].

وأما كون الجنون مثبتاً للفسخ أيضاً ؛ فلأنه يثير النفرة المذكورة ، ويخاف ضرره .

وأما كون ما ذكر كذلك سواء كان مطبقاً أو يخنق في الأحيان . والمراد كونه دائماً أو يعتوره وقتاً دون وقت ؛ فلأن النفس لا تسكن إلى من هذه حياته .

وأما قول المصنف: فهذه الأقسام يثبت بها خيار[2] الفسخ روايةً واحدة ؛ فتأكيد لما سبق ، وتصريح بأنه لا خلاف عن الإمام أحمد في ذلك .

---

(١) أخرجه أحمد في مسنده (١٥٦٠٢) طبعة إحياء التراث . ولفظه: ((أن رسول الله ﷺ تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها بياضا فانحاز عن الفراش . ثم قال : خذي عليك ثيابك و لم يأخذ مما أتاها شيئا)) .

(٢) زيادة يقتضيها السياق .

فصل [في العيوب المختلف فيها]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (واختلف أصحابنا في البَخَر . وهو : نتن الفم . وقال ابن حامد: نتن في الفرج يثور عند الوطء ، واستطلاق البول ، والنجو ، والقروح السيالة في الفرج ، والباسور ، والناصور ، والخصاء . وهو : قطع الخصيتين ، والسل . وهو : سل البيضتين ، والوجاء . وهو : رضّهما ، وفي كونه خنثى مشكلاً ، وفيما إذا وجد أحدهما بصاحبه عيباً به مثله ، أو حدث به العيب بعد العقد : هل يثبت الخيار ؟ على وجهين . وإن علم بالعيب وقت العقد ، أو قال: قد رضيت به معيباً ، أو وجد منه دلالة على الرضا من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب : فلا خيار له) .

أما كون البَخَر يثبت الخيار على وجه ؛ فلأنه يثير نفرة . أشبه البرص .

وأما كون البخر الذي يثبت الخيار نتن الفم على المذهب ؛ فلأن النفرة تحصل بذلك .

وأما كونه نتناً في الفرج يثور عند الوطء على قول ابن حامد ؛ فلأن النفرة تحصل بذلك أيضاً .

قال المصنف في المغني: إن أراد به أن يسمى بخراً ويثبت به الخيار ، وإلا فلا معنى له .

وأما كون استطلاق البول والغائط يثبت الخيار على وجه ؛ فلأن النفرة تحصل به ويخشى تعدي النجاسة .

وأما كون كل واحد من القروح السيالة في الفرج ، والباسور . وهو : علة تحدث في المقعدة ، والناصور . وهو : علة تحدث حوالي المقعدة يُثبت الخيار على وجه ؛ فلأنه في معنى البَخَر .

وأما كون الخصاء يُثبت الخيار[1] على وجه ؛ فلأن فيه نقصاً وعاراً يمنع الوطء .

وقد روي « أن عمرَ رضي الله عنه قال لرجلٍ تزوجَ امرأةً وهو خصي: أَعْلمتها ؟ قال: لا . قال: أعلمها ثم خيّرها » . رواه أبو عبيد .

وأما كون كل واحد من السل والوجاء يثبته على وجه ؛ فلأنه في معنى الخصاء .

وأما كون كونه خنثى مشكلاً يثبته على وجه ؛ فلأن فيه نقصاً وعاراً ومضرة . أشبه الخصاء .

وأما كون أحدهما إذا وجد بصاحبه عيباً به مثله يثبت الخيار على وجه ؛ فلأن الذي يُثبت الخيار وجود العيب ، وهو متحقق هنا .

ولأن المساواة لا تبطل الخيار الثابت . بدليل ما لو غر عبداً بأمة .

وأما كون من حدث به العيب بعد العقد يثبته على وجه ؛ فلأنه عيب حدث للمعقود عليه . فأثبت الخيار ؛ كالإجارة .

وأما كون شيء مما تقدم لا يُثبت الخيار على وجه : أما في العيوب المذكورة ؛ فلأنها لا نص فيها ولا إجماع ولا قياس ؛ لأن الفرق بين المنصوص وبين ذلك كله ثابت . وأما إذا وجد بصاحبه عيباً مثله ؛ فلأنهما متساويان ولا مزية لأحدهما على صاحبه . أشبها الصحيحين .

وأما فيما إذا حدث به عيب بعد العقد ؛ فلأنه عيب حدث بالمعقود عليه قبل لزوم العقد . أشبه الحادث بالمبيع .

وأما كون من علم بالعيب وقت العقد ، أو قال: قد رضيت به معيباً ، أو وجد منه دلالة على الرضا من وطء أو تمكين مع العلم بالعيب لا خيار له ؛ فلأنه عيب يثبت الخيار . فبطل مع ما ذكر ؛ كالعيب في المبيع .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

قال: (ولا يجوز الفسخ إلا بحكم حاكم. فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر، وإن فسخ بعده فلها المهر المسمى. وقيل عنه مهر المثل ويرجع به على من غرّه من المرأة والولي. وعنه: لا يرجع).

أما كون الفسخ المذكور لا يجوز إلا بحكم حاكم؛ فلأنه مجتهد فيه. فاحتاج إلى حكم حاكم؛ كفسخ الاعسار بالنفقة. وفارق خيار المعتقة من جهة كونه معتقا عليه.

وأما كونه لا مهر إذا فسخ قبل الدخول؛ فلما يأتي بعده.

ولا فرق بين كون الزوجة هي الفاسخة أو الزوج في أن لا مهر قبل الدخول؛ لأن الفسخ إن كان منها فالفرقة من جهتها. فيسقط مهرها؛ كما لو أفسدته برضاع زوجة له أخرى. وإن كان منه فإنما فسخ لعيب بها دلسته بالإخفاء وصار الفسخ كأنه منها.

فإن قيل: هلا جعل فسخها لعيبه كأنه منه لحصوله بتدليسه.

قيل: العوض من الزوج في مقابلة منافعها فإذا اختارت فسخ العقد مع استدامة ما عقد عليه رجع العوض إلى العاقد معها، وليس من جهتها عوض في مقابلة منافع الزوج، وإنما ثبت لها الخيار لأجل ضرر يلحقها لا لتعذر ما استحقت عليه في مقابلته عوضاً. فافترقا.

وأما كون المرأة لها المهر إذا فسخ العقد بعد الدخول؛ فلأن المهر يجب بالعقد ويستقر بالدخول. فلا يسقط بحادث بعده. وكذلك لا يسقط بردتها ولا يفسخ من جهتها.

وأما كونه المسمى على المذهب؛ فلأنها فرقة بعد الدخول في نكاح صحيح فيه مسمى صحيح. فوجب المسمى؛ كغير المعيبة، وكالمعتقة تحت عبد. ويدل على أن النكاح صحيح أنه وجد بشروطه وأركانه. فكان صحيحاً؛ كما لو لم يفسخه.

ولأنه لو لم يفسخ لكان صحيحاً. فكذلك إذا فسخه كنكاح الأمة إذا عتقت تحت عبد.

ولأنه يترتب عليه أحكام الصحة من ثبوت [مهر المثل.

وأما كونه عليه مهر][1] المثل على روايةٍ منقولة عن الإمام أحمد ؛ فلأن الفسخ استبدال العقد . فصار كالعقد الفاسد .

وأما كون الزوج يرجع بذلك على من غرّه من المرأة أو الولي على المذهب ؛ فلما روى ابن المسيب قال: قال عمر بن الخطاب: « أيما رجل تزوّجَ بامرأة بها جنونٌ أو جذامٌ أو برصٌ فلها صَدَاقَهَا وذلك لزوجهَا غُرْمٌ على وَلِّيها »[2] .

ولأنه غره في النكاح بما يثبت الخيار . فكان المهر على الغارّ ؛ كما لو غره بحرية أمة .

وقول المصنف رحمه الله تعالى: من المرأة ؛ يرجع عليها لأنها غارة . أشبهت الولي .

وأما كونه لا يرجع على روايةٍ ؛ فلأنه يروى عن علي رضي الله عنه .

ولأنه ضمن ما استوفى بدله وهو الوطء . فلا يرجع به على غيره ؛ كما لو كان المبيع معيباً فأكله .

قال المصنف في المغني: الصحيح أن المذهب [أنه يرجع][3] روايةً واحدة .

قال الإمام أحمد: كنت أذهب إلى قول علي بن أبي طالب فهبته فملت إلى قول عمر : إذا تزوجها فرأى جذاماً أو مرضاً فإن لها المهر لمسيسه إياها ووليها ضامن الصداق .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) أخرجه مالك في موطئه (٩) ٢: ٤١٦ كتاب النكاح، باب ما جاء في الصداق والحباء .

(٣) زيادة من الشرح الكبير ٧: ٥٨٣.

فصل

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وليس لولي صغيرة أو مجنونة ولا سيد أمة تزويجها معيباً، ولا لولي كبيرة تزويجها به بغير رضاها. فإن اختارت الكبيرة نكاح مجبوب أو عنّين لم يملك منعها. وإن اختارت نكاح مجنون أو مجذوم أو أبرص فله منعها في أصح الوجهين. وإن علمت العيب بعد العقد أو حدث به لم يملك إجبارها على الفسخ).

أما كون ولي الصغيرة والمجنونة وسيد الأمة ليس له تزويجها من به أحد العيوب التي تثبت الفسخ؛ فلأن التزويج المذكور يعتمد النظر والحظ، ولا حظ في هذا العقد.

فعلى هذا إذا وقع العقد مع العلم بالعيب لم يصح لأنه عقد لهن عقداً لم يجز عقده. فلم يصح؛ كما لو باع عقار الصبي بغير غبطة ولا حاجة.

وإن لم يعلم بالعيب صح كما لو اشترى لهن معيباً لا يعلم عيبه. ويجب عليه الفسخ إذا علم؛ لأن غلبة النظر بما فيه الحظ، والحظ في الفسخ. ويحتمل أن لا يصح العقد؛ لأنه زوجهن ممن لا يملك تزويجهن به. فلم يصح؛ كما لو زوجهن بمن يحرم عليهن.

وأما كون ولي الكبيرة ليس له تزويجها بمن ذكر بغير رضاها؛ فلأنها تملك الفسخ إذا علمت به بعد العقد. فلأن تملك المنع بطريق الأولى.

وأما كون الولي لا يملك منع الكبيرة إذا اختارت نكاح مجبوب أو عنّين؛ فلأن ضرر ذلك مختص بها.

وأما كونه له منعها إذا اختارت نكاح مجنون أو مجذوم أو أبرص في أصح الوجهين؛ فلأن عليها فيه ضرراً دائماً وعاراً عليها وعلى أهلها. فملك منعها منه، كالتزويج بغير كفء.

وأما كونه لا يملك منعها في وجه ؛ لأن الضرر عليها . أشبه المجبوب .

والأول أصح لا شتماله على ضررها وضرر أهلها بخلاف المجبوب .

وذكر المصنف في المغني الخلاف المذكور في كل عيب . وحكى عن الإمام أحمد رضي الله عنه أنه قال: ما يعجبني أن يزوجها بعنين وإن رضيت الساعة تكره إذا دخلت عليه لأن من شأنهن النكاح ويعجبهن من ذلك ما يعجبنا . ثم قال: وذلك لأن الضرر في ذلك دائم والرضى غير موثوق بدوامه ولا تتمكن من التخلص إذا كانت عالمة في ابتداء العقد وربما أفضى إلى الشقاق . والعداوة فيتضرر وليها وأهلها فملك الولي منعها كما لو أرادت زواج من ليس[1] بكفء . والصحيح التفرقة بين الجَبّ والعنة وبين سائر العيوب المذكورة .

ولأن الجب والعنة ضرر يختص بها . بخلاف بقية العيوب . فإن ضررها متعد إلى الولد .

وأما كونه لا يملك إجبارها على الفسخ إذا علمت العيب بعد العقد أو حدث به ؛ فلأن حق الولي في ابتداء العقد لا في دوامه . بدليل أنه يملك منعها من تزوج عبد ، ولو عتقت تحت عبد لم يملك إجبارها على الفسخ .

---

(١) في أ: ليست . وما أثبتناه من الشرح الكبير .

باب نكاح الكفار

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**وحكمه حكم نكاح المسلمين فيما يجب به ، وتحريم المحرمات . ويُقرون على الأنكحة المحرمة ما اعتقدوا حلها ولم يرتفعوا إلينا . وعنه : في مجوسي تزوج كتابية أو اشترى نصرانية : يحول بينهما الإمام فيَخْرج من هذا أنهم لا يُقرون على نكاح مُحَرَّم**) .

أما كون حكم نكاح الكفار حكم نكاح المسلمين فيما ذكر ؛ فلأن أنكحتهم صحيحة ؛ لأن الله تعالى أضاف النساء إليهم فقوله: ﴿وامرأته حمالة الحطب﴾ [المسد: ٤] ، وقوله: ﴿امرأة فرعون﴾ [التحريم:١١] . وحقيقة الإضافة تقتضي زوجية صحيحة .

ولأن النبي ﷺ قال: «وُلدتُ من نكاحٍ لا من سِفَاح »[1]. وإذا كانت صحيحة وجب فيها ما يجب في أنكحة المسلمين وحرم فيها ما يحرم فيها ، لاشتراكهما في الصحة .

فعلى هذا يقع طلاقهم ويصح ظهارهم وإيلاؤهم ويجب المهر بعقدهم والقَسْم وتحصل الإباحة للزوج الأول وغير ذلك من الأحكام .

قال: ويقرون على الأنكحة الفاسدة ما اعتقدوا حلها ولم يرتفعوا إلينا على المذهب ؛ فـ «لأن النبي ﷺ أخذ الجزية من مجوس هجر »[2]. ولم يتعرض لأنكحتهم مع علمه بأنهم يستبيحون نكاح محارمهم . ولا يقرونهم على كفرهم فلأن يقرون على نكاح يعتقدون حله بطريق الأولى .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٥٢٩.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٩٨٧) ٣: ١١٥١ أبواب الجزية والموادعة، باب الجزية والموادعة مع أهل الذمة والحرب .

وأما كون المجوسي إذا تزوج كتابية أو اشترى نصرانية يحول بينهما الإمام على روايةٍ ؛ فلأنه نكاح فاسد . أشبه المسلم إذا نكح نكاحاً فاسداً .

وأما كونه يُخَرَّج من هذا أن الكفار لا يقرون على نكاح محرّم ؛ فلأن الحيلولة المذكورة تقتضي عدم الإقرار ، وإنما كان كذلك لكون النكاح فاسدا ، وهذا موجود في نكاح غير المجوسي .

فإن قيل: قد نقل عن الإمام أحمد رضي الله عنه أنه يملك الحيلولة المذكورة لأن النصارى لهم كتاب . وعلل أبو بكر بأن علينا في ذلك ضرراً يعني تحريم أولاد النصرانية .

قيل: في التخريج على ذلك إذاً نظر لأن ظاهر تعليل الإمام وأبي بكر ينفي هذا التخريج لأن الحيلولة إذا كانت لمعنى وجب أن يكون في المُخَرَّج . وكلا التعليلين مفقود في الأنكحة الفاسدة لأن من نكاحها يحرم لها دين ولا يحرم نكاح ولدها[1] . فوجب اقتصار الحيلولة على المنصوص لانتفاء العلة المقتضية للحيلولة في غيره .

قال: (وإن أسلموا أو ترافعوا إلينا في ابتداء العقد لم نُمْضه إلا على الوجه الصحيح . وإن كان في أثنائه لم يتعرض لكيفية عقدهم ، بل إن كانت المرأة ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كذات محرمه ومن هي في عدتها أو شرط الخيار في نكاحها متى شاء أو مدة هما فيها أو مطلقة ثلاثاً فرق بينهما ، وإلا أقرا على النكاح) .

أما كون الإمام لا يمضي نكاح الكفار إلا على الوجه الصحيح إذا أسلموا أو ترافعوا إليه في ابتداء العقد ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿وإن حكمتَ فاحكم بينهم بالقسط﴾ [المائدة:٤٢] ، وقال: ﴿وأن احكم بينهم بما أنزل الله﴾ [المائدة:٤٩] .

ولأنه لا حاجة إلى عقده . بخلاف ذلك .

وأما كونه لا يتعرض لكيفية عقدهم إذا أسلموا أو ترافعوا في أثنائه ؛ فلأن النبي ﷺ أسلم في زمنه خلقٌ كثير وجَمٌّ غفير فأقرَّهم على أنكحتهم ولم يسألهم النبي

(١) كذا في أ.

ﷺ عن شروط النكاح ولا عن كيفيته . وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة . فكان يقيناً .

وأما كونه يفرق بين الزوجين إذا كانت الزوجة ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كما مثل المصنف ؛ فلأن الاستدامة أضعف من الابتداء . فإذا لم يجز الابتداء وهو أقوى فلأن لا تجوز الاستدامة وهي أضعف بطريق الأولى .

وأما كونهما يقران على نكاحهما إذا لم تكن المرأة كما ذكر ؛ فلما تقدم ذكره من إقرار النبي ﷺ .

قال: (وإن قهر حربي حربية فوطئها أو طاوعته واعتقداه نكاحاً أقرا ، وإلا فلا) .

أما كون الحربيين يقران على ما ذكر إذا اعتقداه نكاحاً ؛ فلأن الصحيح في الكتابي اعتقاده الحل وهو موجود هنا .

وأما كونهما لا يقران إذا لم يعتقداه نكاحاً ؛ فلأن المصحح اعتقاد كونه نكاحاً ، وهو منتف هاهنا .

قال: (وإن كان المهر مسمى صحيحاً أو فاسداً قبضته استقر وإن كان فاسداً لم تقبضه فرض لها مهر المثل) .

أما كون المهر المسمى الصحيح يستقر قبض أو لم يقبض ؛ فلأنه مسمى صحيح في نكاح صحيح . فوجب استقراره بشرطه ؛ كتسمية المسلم .

وأما كون الفاسد المقبوض يستقر ؛ فلأنا لا نتعرض إلى ما فعلوه .

ولأن المُحَرّم إذا قبضوه لا يتعرض إليه . بدليل قوله تعالى: ﴿يا أيها الذين ءامنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا﴾ [البقرة:٢٧٨] . أمر بترك ما بقي دون ما قُبض . وقال تعالى: ﴿فمن جاءه موعظةٌ من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله﴾ [البقرة: ٢٧٥] .

ولأن التعرض إليهم تنفيراً لهم عن الإسلام . فعفي عنه ؛ كما عفي عما تركوه من الفرائض .

ولأنهم تقابضوا بحكم الشرك وبرئت ذمة من هو عليه منه كما لو تبايعوا بيعاً فاسداً وتقابضوا .

وأما كون المرأة يفرض لها مهر المثل إذا كان فاسداً ولم تقبضه ؛ فلأن مهر المثل يفرض في التسمية الفاسدة إذا كانت الزوجة مسلمة ، وكذلك الكافرة .

فصل [إذا أسلم الزوجان]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وإذا أسلم الزوجان معاً، أو أسلم زوج الكتابية فهما على نكاحهما).

أما كون الزوجين على نكاحهما إذا أسلما معاً أي دفعة واحدة ؛ فلأنه لم يوجد منهما اختلاف دين .

وقد روى ابن عباس «أن رجلاً جاءَ مسلماً على عهدِ النبي ﷺ ثم جاءت امرأته[1] مسلمةٌ بعدَه . فقال: يا رسولَ الله ! إنها كانتْ أسلمتْ معي . فردَّها عليه»[2] .

وقول المصنف: معاً ؛ يدل على أنه شرط كونهما على نكاحهما بلفظهما بالإسلام دفعة واحدة . وصرح به في المغني لأن اختلاف الدين مفسد للنكاح وبمجرد سبق أحدهما للآخر بالإسلام يحصل الاختلاف . ويحتمل أن يقف على المجلس لأن حكم المجلس حكم العقد . بدليل القبض ونحوه .

ولأن اتفاقهما على النطق بكلمة الإسلام دفعة واحدة يتعذر . فلو اعتبر ذلك لوقعت الفرقة بين كل مسلمين إلا في الشاذ النادر .

وأما كونهما على نكاحهما إذا أسلم زوج الكتابية ؛ فلأن نكاح الكتابية يجوز ابتداؤه فالاستمرار أولى .

---

(١) في أ: امرأة .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٣٨) ٢: ٢٧١ أبواب الطلاق، باب إذا أسلم أحد الزوجين .

قال: (وإن أسلمت الكتابية أو أحد الزوجين غير الكتابيين قبل الدخول انفسخ النكاح. فإن كانت هي المسلمة فلا مهر لها. وإن أسلم قبلها فلها نصف المهر. وعنه: لا مهر لها).

أما كون النكاح ينفسخ إذا أسلمت الكتابية أو أحد الزوجين غير الكتابيين قبل الدخول؛ فلأن دينهما اختلف. فلم يجز استمراره؛ كابتدائه.

وأما كون الزوجة لا مهر لها إن كانت هي المسلمة؛ فلأن الفرقة حصلت من جهتها. أشبه ما لو ارتدت.

وعن الإمام أحمد رضي الله عنه لها نصف المهر ذكره المصنف في المغني وأبو الخطاب وغيرهما؛ لأن الفرقة حصلت من جهة الزوج بإبائه الإسلام وامتناعه منه وهي فعلت ما فرض الله عليها. أشبه ما لو علّق طلاقها على الصلاة فصلت.

وفرّق المصنف بين إسلامها وبين التعليق من حيث: إن التعليق من جهة الزوج بخلاف الإسلام فإنه لا أثر له فيه البتة.

وأما كونه لها نصف المهر على المذهب إذا أسلم قبلها؛ فلأن الفرقة حصلت من جهة الزوج. أشبه ما لو طلقها.

وأما كونها لا مهر لها على روايةٍ؛ فلأن الفرقة حصلت بإبائه الإسلام. فكان من جهتها.

ولأن في إيجاب المهر عليه تنفيراً له عن الإسلام لأنه يجتمع عليه فسخ النكاح مع وجوب المهر.

قال: (وإن قالت: أسلمَ قبلي. وأنكرها: فالقول قولها. وإن قال: أسلمنا معاً فنحن على النكاح وأنكرته فعلى وجهين).

أما كون القول قولها إذا قالت: أسلم قبلي وأنكرها؛ فلأنها تدعي استحقاق شيء أوجبه العقد وهو يدعي ما يسقطه. فلم يقبل قوله؛ لأن الأصل عدمه. وهذا تفريع على أنها تستحق نصف المسمى إذا سبقها بالإسلام. أما على الروايةِ الأخرى فلا فائدة في اختلافهما.

وأما كون القول قولها إذا قالا: أسلمنا معاً فنحن على النكاح وأنكرته على وجه؛ فلأن الظاهر معها إذ يتعذر اتفاق إسلامهما دفعة واحدة.

وأما كون القول قول الزوج على وجه ؛ فلأن الأصل بقاء النكاح والفسخ طارئ عليه . فكان القول قول من يوافق قوله الأصل ؛ كالمنكر .

وهذا الخلاف مبني على أنه يعتبر إسلامهما دفعة واحدة . أما إذا قيل: العبرة بالمجلس فينبغي أن يكون القول قول الزوج قولاً واحداً لأن الظاهر ينتفي حينئذ .

قال: (وإن أسلم أحدهما بعد الدخول وقف الأمر على انقضاء العدة . فإن أسلم الثاني قبل انقضائها فهما على نكاحهما ، وإلا تبينا أن الفرقة وقعت حين أسلم الأول . فعلى هذا لو وطئها في عدتها ولم يسلم الثاني فعليه المهر ، وإن أسلم فلا شيء لها ، وإذا أسلمت قبله فلها نفقة العدة ، وإن كان هو المسلم فلا نفقة لها ، وإن اختلفا في السابق منهما فالقول قولها في أحد الوجهين . وعنه : أن الفرقة تتعجل بإسلام أحدهما كما قبل الدخول ، وأما الصداق فواجب بكل حال) .

أما كون الأمر يوقف على انقضاء العدة على المذهب فيما إذا أسلم أحد الزوجين قبل الدخول ؛ فلما روى ابن شهاب قال: «كان بين إسلامِ صفوانَ بن أمية وامرأته بنت الوليد بن المغيرة نحوٌ من شهر . أسلمتْ يوم الفتح وبقيَ صفوان حتى شهد حنيناً والطائف وهو كافر . فلم يفرّق النبي ﷺ بينهما واستقرّت عنده امرأتُه بذلك النكاح »[1] . رواه مالك في الموطأ .

وقال ابن عبدالبر: وشُهرة هذا الحديث أقوى من إسناده .

وقال ابن شهاب: «أسلمتْ أم حكيم يوم الفتح وهربَ زوجُها عكرمةُ حتى أتى اليمن . فارتحلتْ حتى قدمت عليه اليمن فدعتهُ إلى الإسلام . فأسلمَ وقدمَ فبايعَ النبي ﷺ . فثَبَتَا على نِكاحِهما »[2] .

و « لأن أبا سفيان أسلمَ عامَ الفتح قبل دخول النبي ﷺ مكة ولم تسلم هند حتى فتحت مكة فثبتا على نكاحهما »[3] .

---

(١) أخرجه مالك في موطئه (٤٤-٤٥) ٢: ٤٢٨-٤٢٩ كتاب النكاح، باب نكاح المشرك إذا أسلمت زوجته قبله .

(٢) أخرجه مالك في موطئه (٤٦) ٢: ٤٢٩ الموضع السابق.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٨٦ كتاب النكاح ، باب من قال: لا ينفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما...

وقال ابن شبرمة : «كان الناسُ على عهدِ رسولِ الله ﷺ يسلمُ الرجلُ قبلَ المرأة والمرأةُ قبل الرجل فأيُّهما أسلمَ قبلَ انقضاءِ عدّةِ المرأةِ فهيَ امرأتهُ . فإن أسلمَ بعدَ العدةِ فلا نكاحَ بينهما»[1] .

ولأنه لا يعلم أن النبي ﷺ فرق بين أحد ممن أسلم وبين امرأته .

فإن قيل: فما الفرق بين المدخول بها وغير المدخول بها ؟

قيل: غير المدخول بها لا عدة لها . فتتعجل البينونة ؛ كما لو طلقها واحدة .

وأما كون الزوجين على نكاحهما إذا أسلم الثاني قبل انقضاء العدة ؛ فلما ذكر قبل .

ولأن فائدة وقوف الأمر ذلك .

وأما كوننا نتبين أن الفرقة وقعت حين أسلم الأول إذا لم يسلم الآخر ؛ فلأن سبب الفرقة اختلاف الدين . فوجب أن تحتسب الفرقة منه ؛ كالطلاق .

وأما كون الزوج عليه مهر المثل إذا وطئها في عدتها و لم تسلم هي ؛ فلأنه تبين أنه وطئ بائناً منه . أشبه ما لو وطئ مختلعة في عدتها .

وأما كونها لا شيء لها إذا أسلم هو ؛ فلأنه وطئ زوجته .

وأما كونها لها نفقة العدة إذا أسلمت قبله ؛ فلأنها محبوسة بسببه .

ولأنه يتمكن من بقاء نكاحها واستمتاعه منها بإسلامه معها فكانت لها النفقة كالرجعية .

وأما كونها لا نفقة لها إذا كان هو المسلم ؛ فلأنه لا سبيل لها إلى استيفاء نكاحها وتلافي حالها . أشبهت البائن .

وأما كون القول قولها إذا اختلف في السابق منهما في وجه ؛ فلأن الأصل وجوب النفقة وهو يدعي سقوطها .

وأما كون القول قوله في وجه ؛ فلأنه منكر ، والقول قول المنكر .

وأما كون الفرقة تتعجل بإسلام أحدهما كما قبل الدخول على روايةٍ ؛ فلأن الله تعالى قال: ﴿ولا تُمسكوا بعِصَم الكوافر﴾ [الممتحنة:١٠] .

(١) أخرج البيهقي نحوه في السنن الكبرى عن ابن عباس ٧: ١٨٧ كتاب النكاح ، باب من قال: لا ينفسخ النكاح بينهما بإسلام أحدهما...

ولأن فسخ النكاح لا يختلف قبل الدخول وبعده كالرضاع .

والأول أصح ؛ لما تقدم من إسلام الجم الغفير والخلق الكثير في زمن الرسول ﷺ مع أنه لم يُعلم أنه فرق بين أحد وبين زوجته .

وأما كون الصداق واجباً بكل حال ؛ فلأنه استقر بالدخول . فلم يسقط بشيء .

فصل [إذا ارتد أحد الزوجين]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وإن ارتد أحد الزوجين قبل الدخول انفسخ النكاح. ولا مهر لها إن كانت هي المرتدة. وإن كان هو المرتد فلها نصف المهر).

أما كون النكاح ينفسخ بردة أحد الزوجين قبل الدخول فلأنه اختلاف دين يمنع الإصابة. فأوجب فسخ النكاح؛ كما لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين.

وأما كون الزوجة لا مهر لها إن كانت هي المرتدة؛ فلأن الفسخ من جهتها.

وأما كونها لها نصف المهر إذا كان هو المرتد؛ فلأن الفسخ من جهته. فهو كما لو طلقها قبل الدخول.

قال: (وإن كانت الردة بعد الدخول فهل تتعجل الفرقة أو تقف على انقضاء العدة؟ على روايتين. وإن كان هو المرتد فلها نفقة العدة. وإن كانت هي المرتدة فلا نفقة لها).

أما كون الفرقة بعد الدخول تتعجل بالردة أو تقف على انقضاء العدة على روايتين. أي المتقدم ذكرهما[1]؛ فلما مضى من توجيههما فيما إذا أسلم أحد الزوجين غير الكتابيين حينئذٍ؛ لأن هذا في معناه.

وأما كون الزوجة لها نفقة العدة إذا كان الزوج هو المرتد؛ فلأنه يتمكن من الاستمتاع بها بأن تسلم. فكانت النفقة عليه؛ كالرجعية.

وأما كونها لا نفقة لها إذا كانت هي المرتدة؛ فلأنه لا سبيل للزوج إلى تلافي نكاحها. فلم يكن لها نفقة؛ كما بعد العدة.

---

(١) ص: ٦٤٢.

قال: (وإن انتقل أحد الكتابيين إلى دين لا يقر عليه فهو كردته) .

أما كون انتقال من ذُكر إلى ما ذُكر كردته ؛ فلأنه رجوع عن دينه إلى دين لا يقر عليه . فكان حكمه حكم المرتد ؛ لاشتراكهما في المعنى .

وأما كون بيان ما يقر عليه وما لا يقر عليه فقد تقدم ذكره في موضعه فلا حاجة إلى إعادته .

فصل [إذا أسلم وتحته من يحرم جمعهن]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وإن أسلم كافر وتحته أكثر من أربع نسوة فأسلمن معه اختار منهن أربعاً وفارق سائرهن. فإن لم يختر أجبر عليه. وعليه نفقتهن إلى أن يختار منهن أربعاً).

أما كون من أسلم وتحته أكثر من أربعة نسوة فأسلمن معه يختار منهن أربعاً ويفارق سائرهن؛ فـ « لأن غيلان بن سلمةَ أسلمَ وتحتَهُ عشرُ نسوةٍ فأسلمنَ معهُ فأمرَهُ النبي ﷺ أن يختارَ منهن أربعاً »[1]. رواه الترمذي وابن ماجة.

وفي لفظ: « اخترْ منهُنّ أربعاً وفارقْ سائرهن »[2].

وروى قيس بن الحارث قال: « أسلمتُ وتحتي ثمان نسوة. فأتيتُ النبي ﷺ فقال: اخترْ منهنّ أربعاً »[3]. رواه أبو داود وابن ماجة.

فإن قيل: ما صفة الاختيار؟

قيل: يقول: اخترت نكاح هؤلاء، أو أمسكتهن، أو اخترت حبسهن، أو إمساكهن، أو نكاحهن، أو ما أشبه ذلك.

وإذا وقع الاختيار فالعدة منه؛ لأن البينونة تحصل عنده. ويحتمل أن يكون من حين الإسلام؛ لأن البينونة الحقيقية إنما حصلت بالإسلام وإنما الاختيار بيّن محلها.

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٢٨) ٣: ٤٣٥ كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده عشر نسوة.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٥٣) ١: ٦٢٨ كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة.

(٢) أخرجه الشافعي في مسنده (٤٣) ٢: ١٦ كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح. ولفظه: « أمسكْ أربعاً وفارقْ سائرهن ».

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٤١) ٢: ٢٧٢ أبواب الطلاق، باب في من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٥٢) ١: ٦٢٨ الموضع السابق.

وأما كون من ذكر يجبر على الاختيار إذا لم يختر ؛ فلأنه حق عليه يمكنه فعله وهو ممتنع منه . فأجبر عليه ؛ كإيفاء الدين . بيان أنه حق عليه أن النبي ﷺ أمر به غيلان وقيساً[1]، وأمره للوجوب . وإذا وجب عليهما وجب على من ساواهما في المعنى الذي وجب الاختيار من أجله ؛ لوجود العلة .

ولقوله عليه السلام: « حُكمي على الواحدِ حُكمي على الكُل »[2] .

وأما كونه عليه نفقتهن إلى أن يختار ؛ فلأنهن في حبسه لأن له أن يختار من شاء منهن .

فإن قيل: هذا اختيار الحاكم كالمُولي إذا امتنع من الفيئة والطلاق .

قيل: الخيار هاهنا خيار تشهي ، ولا سبيل إليه إلا بمعرفة منه .

قال: (**فإن طلق الجميع ثلاثاً أقرع بينهن فأُخرج بالقرعة أربعٌ منهن، وله نكاح البواقي**) .

أما كون المطلقات بما ذكر يقرع بينهن ؛ فلتمييز الزوجات اللواتي هن محل الطلاق .

وأما كون أربع منهن يخرجن بالقرعة ؛ فلأن ذلك فائدة الإقراع .

وأما كون المطلق له نكاح البواقي فلأنهن لم يطلقن منه .

وشرط هذا النكاح: أن تنقضي عدة المطلقات . ذكره المصنف في المغني ؛ لئلا يكون جامعاً بين أكثر من أربع .

واشترط المصنف رحمه الله تعالى هنا في طلاق الجميع: أن يكون ثلاثاً ؛ لأنه لو طلقهن أقل من ذلك لكان طلاقهن رجعياً ، ويقرع بينهن وبين المختارات ؛ لما سبق .

---

(١) سبق ذكر حديثي غيلان وقيس قريباً.

(٢) قال الزركشي في كتابه المعتبر (ص: ١٥٧) : لا يعرف بهذا اللفظ . ولكن معناه ثابت أخرجه الترمذي في جامعه (١٥٩٧) ٤: ١٥١ كتاب السير، باب ما جاء في بيعة النساء . بلفظ: « إنما قولي لمائة امرأة كقولي لامرأة واحدة » .

وأخرجه النسائي في سننه (٤١٨١) ٧: ١٤٩ كتاب البيعة، بيعة النساء . بلفظ: « إني لا أصافح النساء إنما قولي لمائة امرأة كقولي لامرأة واحدة أو مثل قولي لامرأة واحدة » .

قال: (وإن ظاهر أو آلى من إحداهن فهل يكون اختيارًا لها ؟ على وجهين) .

أما كون ذلك اختياراً لها على وجهٍ ؛ فلأن حكم الظهار والإيلاء لا يثبت في غير زوجة .

وأما كونه لا يكون اختياراً لها على وجهٍ ؛ فلأنه يصح في غير زوجة .

قال: (وإن مات فعلى الجميع عدة الوفاة . ويحتمل أن يلزمهن أطول الأمرين من ذلك ، أو ثلاثة قروء) .

أما كون الجميع عليهن عدة الوفاة على المذهب ؛ فلأن الزوجات لم يتعين منهن .

وأما كونه يحتمل أن يلزمهن أطول الأمرين مما ذكر فلأن كل واحدةٍ منهن يحتمل أن تكون مختارة أو مفارقة . وعدة المختارة عدة الوفاة، وعدة المفارقة ثلاثة قروء فأوجبنا أطولهما لتنقضي العدة بيقين ؛ كما قلنا فيمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها .

قال: (والميراث لأربع منهن بالقرعة) .

أما كون الميراث لأربع منهن ؛ فلأنه لا يجوز أن يرث أكثر من أربع ؛ لأن الميراث هنا بالزوجية ، ولا زوجية فيما زاد على الأربع .

وأما كون ذلك بالقرعة ؛ فلأن المستحق مبهم . أشبه ما إذا أعتق أحد عبديه عيناً ثم أنسيه .

قال: (وإن أسلم وتحته أختان اختار منهما واحدة . وإن كانتا أماً وبنتاً فسد نكاح الأم . وإن كان دخل بالأم فسد نكاحهما) .

أما كون من أسلم وتحته أختان يختار واحدة منهما ؛ فلما روى الضحاك بن فيروز[1] الديلمي عن أبيه قال: « أتيتُ النبي ﷺ . فقلت : يا رسول الله ! إني

---

(١) في أ: فيروز بن الضحاك .

أسلمتُ وتحتي أُختان . فقال لي رسولُ الله ﷺ : اختر أيتَهُما شِئْت »[1] . رواه ابن ماجة .

وأما كون نكاح الأم يفسد إذا كانت أماً وبنتاً ؛ فلأنها تحرم بنفس العقد لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: « أيما رجلٍ نكحَ امرأةً فدخلَ بها أو لم يَدخلْ فلا يحلُّ لهُ نِكاحُ أمِّهَا »[2] . رواه ابن ماجة .

وأما كون نكاحهما يفسد إذا كان دخل بالأم: أما الأم ؛ فلما تقدم .

وأما البنت ؛ فلأنها تحرم بالدخول ؛ لما تقدم في موضعه ، وقد وجد .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٤٣) ٢: ٢٧٢ كتاب الطلاق، باب في من أسلم وعنده نساء أكثر من أربع أو أختان .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٣٠) ٣: ٤٣٦ كتاب النكاح، باب ما جاء في الرجل يسلم وعنده أختان .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٥١) ١: ٦٢٧ كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أختان .

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١١١٧) ٣: ٤٢٥ كتاب النكاح، باب ما جاء فيمن يتزوج المرأة ثم يطلقها . ولم أقف عليه في ابن ماجة .

فصل [إذا أسلم وتحته إماء]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**وإن أسلم وتحته إماء فأسلمن معه وكان في حال اجتماعهم على الإسلام ممن يحل له نكاح الإماء فله الاختيار منهن، وإلا فسد نكاحهن**).

أما كون من أسلم وتحته إماء فأسلمن معه له الاختيار منهن إذا كان في حال اجتماعهم على الإسلام ممن يحل له الإماء. والمراد به: أن يكون خائف العنت عادماً لطَوْل الحرة وثمن الأمة؛ فلأنه يجوز[1] له أن يبتدئ نكاح الأمة. فلأن يجوز له الاستدامة بطريق الأولى.

فإن قيل: كم يختار منهن؟

قيل: واحدة. فإن لم تعفه فهل له أن يختار ولو إلى أربع؟ فيه روايتان مضى توجيههما في نكاح الأمة[2].

وقوله: وكان في حال اجتماعهم: فيه تنبيه على أن شرطي الحل يشترط وجودهما حال الاجتماع على الإسلام؛ لأنه حال الاختيار.

ولا يشترط وجودهما حين إسلامه وحده؛ لأنه ليس وقت الاختيار. وسيتضح ذلك بما سيأتي بعد إن شاء الله تعالى.

وأما كون نكاح الإماء يفسد إذا كان من أسلم ممن لا يحل له نكاح الإماء وهو من لم يخف العنت أو كان واجداً للطَّول المتقدم ذكره؛ فلانتفاء شرط الصحة.

---

(١) في أ: لا يجوز. والصواب ما أثبتناه.

(٢) ص: ٥٩٤.

قال: (وإن أسلم وهو موسر فلم يسلمن حتى أعسر: فله الاختيار منهن. وإن أسلمت إحداهن بعده ثم عتقت ثم أسلم البواقي فله الاختيار منهن. وإن عتقت ثم أسلمت ثم أسلمن لم يكن له الاختيار من البواقي. وإن أسلم وتحته حرة وإماء فأسلمت الحرة في عدتها قبلهن أو بعدهن انفسخ نكاحهن).

أما كون من أسلم وهو موسرٌ فلم تسلم زوجاته حتى أعسر: له الاختيار منهن؛ فلأن الشروط تعتبر في وقت الاختيار، وهو وقت اجتماعهم على الإسلام، وهو حينئذٍ عادم للطول خائف للعنت.

وأما كونه له الاختيار إذا أسلمت إحداهن بعده ثم عتقت ثم أسلم البواقي؛ فلأن الاعتبار بحالة الاختيار وحالة الاختيار حالة اجتماعهم على الإسلام وهن في تلك الحالة إماء.

وأما كونه ليس له الاختيار إذا عتقت ثم أسلمت ثم أسلمن؛ فلأن بعضهن حالة الاجتماع على الإسلام حرة، ومن تحته حرة لم يكن له أن يختار أحداً من البواقي؛ لأنه اختيار مع وجود حرة.

ولا بد أن يُلحظ فيمن عتقت ثم أسلمت حصول الإعفاف بها واحدة كانت أو أكثر. فإن لم يحصل جاز له أن يختار من البواقي ما يحصل به الإعفاف حتى يكمل أربعاً؛ لما تقدم في إحدى الروايتين.

وأما كون نكاح الإماء ينفسخ إذا أسلم وتحته حرة وإماء فأسلمت الحرة في عدتها قبلهن أو بعدهن؛ فلأنه قادرٌ على الحرة فلا يختار أمَة.

قال: (وإن أسلم عبدٌ وتحته إماء فأسلمن معه ثم أُعتق فله أن يختار منهن. وإن أسلم وأُعتق ثم أسلمن فحكمه حكم الحر لا يجوز أن يختار منهن إلا بوجود الشرطين فيه).

أما كون العبد إذا أسلم وتحته إماء فأسلمن معه ثم أُعتق له أن يختار منهن؛ فلأنه زوج له الاختيار كغيره. والمراد: اختيار اثنتين لا غير؛ لأنه ثبت له الاختيار وهو عبد؛ لأن إسلامهن قبل عتقه والاختيار في حالة الإسلام.

وأما كون حكم من أسلم وأُعتق ثم أسلم زوجاته الإماء حكم الحر . والمراد به: أن له أن يختار أربعاً كالحر ؛ فلأنه في وقت الاختيار ممن يحل له نكاح أربع ، والاختيار أسهل من الابتداء فإذا جاز الابتداء فلأن يجوز الإمساك بطريق الأولى .

وأما كونه لا يجوز أن يختار منهن إلا بوجود الشرطين فيه ؛ فلأن الأمة لا يجوز له نكاحها إلا بوجودهما ؛ لما تقدم .

كتاب الصداق

الصَّداق : هو العوض في النكاح . وله أسام : الصداق ، والصدقة ، والمهر ، والنِّحلة ، والفريضة ، والأجر ، والعلائق ، والعقر ، والحباء . وقد جاء ذلك مستعملاً : أما الصداق ؛ ففيما روت عائشة : « أنها سُئلت عن صداق النبي ﷺ . فقالت : ثنتا عشرة أوقية ونش »[1] وفي حديث صفية : « جعل عتقها صداقها »[2].

وأما الصدقة ؛ ففي قوله تعالى : ﴿وآتوا النساء صَدُقَاتهن نِحْلة﴾ [النساء :٤] ؛ لأن الصَّدُقات جمع صدقة .

وأما المهر ؛ ففي حديث ابن مسعود : « لها مهرُ نسائها »[3] .

وأما النِّحلة ؛ ففيما تقدم . قال الجوهري : يقال أعطاها مهرها نِحْلة . بالكسر .

وأما الفريضة والأجر ؛ ففي قوله تعالى : ﴿فآتوهن أجورهن فريضة﴾ [النساء :٢٤] .

وأما العلائق ؛ ففي قوله عليه السلام : « أدوا العلائِق . قالوا يا رسول الله! وما العلائق ؟ قال : ما تراضَى به الأهلون »[4] .

وأما العقر ؛ ففي قول عمر رضي الله عنه : « لها عقر نِسائِها » .

وأما الحباء ؛ ففي قول الشاعر :

أنكحها فقدها الأراقم في ... جنب وكان الحباء من أدم

يعني : وكان الصداق من أدم .

---

(١) سيأتي تخريجه ص: ٦٥٦.

(٢) سيأتي تخريجه قريباً.

(٣) أخرجه النسائي في سننه (٣٣٥٤) ٦: ١٢١ كتاب النكاح ، إباحة التزويج بغير صداق .

(٤) أخرجه الدارقطني في سننه (١٠) ٣: ٢٤٤ كتاب النكاح ، باب المهر .

قال المصنف رحمه الله تعالى : (وهو مشروع في النكاح . ويستحب تخفيفه ، وأن لا يعرى النكاح عن تسميته ، وأن لا يزيد على صداق أزواج رسول الله ﷺ وبناته . وهو : خمسمائة درهم) .

أما كون الصداق مشروعاً في النكاح فالأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب فقوله تعالى : ﴿وأُحِلّ لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم مُحْصِنِين غيرَ مسافحين﴾ [النساء :٢٤] ، وقوله تعالى : ﴿وآتوهن أجورهن﴾ [النساء :٢٥] ، ﴿وآتوا النساء صدقاتهن نِحْلة﴾ [النساء :٤] .

وأما السنة ؛ فما روى أنس : « أن رسول الله ﷺ رأى على عبدالرحمن بن عوف درع زعفران . فقال النبي ﷺ : مَهْيَم ؟ قال يا رسول الله! تزوجتُ امرأة . فقال : ما أصدقتها ؟ فقال : وزن نواةٍ من ذهب »[1] .

وعنه : « أن رسول الله ﷺ أعتقَ صفيةَ وجعلَ عتقَها صَدَاقَهَا »[2] متفق عليهما .

وأما الإجماع فإجماع المسلمون في الجملة على مشروعية الصداق في النكاح .

وأما كون تخفيفه يستحب ؛ فلما روي عن عائشة عن النبي ﷺ قال : «أعظمُ النساء بركةً أيسرهن مؤونة »[3] رواه أبو حفص بإسناده .

وعن عمر رضي الله عنه قال : « لا تغالوا في صُدُقَ النساء . فإنه لو كان مكرمة أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ . وإن الرجل ليغالي بصدقة امرأته حتى يكونَ لها عداوةٌ في قلبه . وحتى يقول : كُلِّفْتُ لكمْ عِلْقَ[4] القِرْبة »[5] أخرجه النسائي وأبو داود مختصراً .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٧٢) ٥: ١٩٨٣ كتاب النكاح ، باب الوليمة ولو بشاة .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٧) ٢: ١٠٤٢ كتاب النكاح ، باب الصداق...

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٩٨) ٥: ١٩٥٦ كتاب النكاح ، باب من جعل عتق الأمة صداقها .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٦٥) ٢: ١٠٤٥ كتاب النكاح ، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها .

(٣) أخرجه أحمد في مسنده (٢٥١٦٢) ٦: ١٤٥ .

(٤) في أ: عرق .

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٠٦) ٢: ٢٣٥ كتاب النكاح ، باب الصداق .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١١٤) ٣: ٤٢٢ كتاب النكاح ، باب منه .
وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٤٩) ٦: ١١٨ كتاب النكاح ، القسط في الأصدقة .

وأما كون النكاح يستحب أن لا يعرى عن تسميته ؛ فلأن النبي ﷺ كان يزوج بناته وغيرهن ويتزوج . فلم يكن يخلى ذلك من صداق .

و « قال للذي زوجه الموهوبة : هل من شيء تصدقها به ؟ فالتمس . فلم يجد شيئًا . قال : التمس ولو خاتمًا من حديد »[1] .

ولأنه أقطع للنزاع فيه .

وأما كون المتزوج يستحب له أن لا يزيد على صداق أزواج النبي ﷺ ؛ فلما فيه من التأسّي بهن ، والاتباع لفعلهن .

وأما كون صداقهن خمسمائة درهم ؛ فلما روي : « أن عائشة رضي الله عنها سئلت عن صداق النبي ﷺ . فقالت : ثنتا عشرة أوقية ونش . فقال : أبو سلمة : ما نَش ؟ فقالت : نصف أوقية »[2] أخرجه النسائي وأبو داود .

والأوقية : أربعون درهماً .

قال : (ولا يتقدّر أقلّه ولا أكثره . بل كل ما جاز أن يكون ثمناً جاز أن يكون صداقاً من قليل وكثير ، وعين ودين ، ومعجل ومؤجل ، ومنفعة معلومة ؛ كرعاية غنمها مدة معلومة ، وخياطة ثوب ، ورد عبدها من موضع معين . وإن كانت مجهولة ؛ كرد عبدها أين كان ، وخدمتها فيما شاءت : لم يصح . وإن تزوجها على منافعه مدة معلومة فعلى روايتين . وكل موضع لا تصح التسمية وجب مهر المثل) .

أما كون الصداق لا يتقدر أقله ؛ فـ « لأن النبي ﷺ قال لزوج الموهوبة : التمس ولو خاتمًا من حديد »[3] .

⇦

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٨٧) ١: ٦٠٧ كتاب النكاح ، باب صداق النساء .

وأخرجه أحمد في مسنده (٣٤٠) ١: ٤٨ .

(١) سيأتي تخريجه ص: ٦٦٠.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٦) ٢: ١٠٤٢ كتاب النكاح ، باب الصداق .

وأخرجه أبو داود في سننه (٢١٠٥) ٢: ٢٣٤ كتاب النكاح ، باب الصداق .

وأخرجه النسائي في سننه (٣٣٤٧) ٦: ١١٦ كتاب النكاح ، القسط في الأصدقة .

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٨٦) ١: ٦٠٧ كتاب النكاح ، باب صداق النساء .

(٣) سيأتي تخريجه ص: ٦٦٠.

وعن عامر بن ربيعة « أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين . فقال رسول الله ﷺ : أرضيتِ من نفسك ومالك بنعلين ؟ قالت : نعم . فأجازه »[1] . رواه الترمذي . وقال : حديث حسن صحيح .

وعن جابر أن النبي ﷺ قال : « لو أن رجلاً أعطى امرأة صداقًا ملء يده طعامًا كانت حلالاً له »[2] . رواه الإمام أحمد .

ولأن قوله : ﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء :٢٤] : يدخل فيه القليل والكثير .

ولأنه بدل منفعتها . فجاز ما تراضيا عليه من المال ؛ كالبيع والإجارة وغيرهما من عقود المعاوضة .

وأما كونه لا يتقدّر أكثره ؛ فلأنه لا توقيف فيه بإجماع أهل العلم . قاله ابن عبدالبر . وقال الله عز وجل : ﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً﴾ [النساء :٢٠] .

وروي : « أن عمرُ أصدقَ أم كلثوم ابنة علي أربعينَ ألفاً »[3] رواه أبو حفص بإسناده .

وعن أبي سعيد : « ملء مَسْكِ ثور ذهباً » . وعن مجاهد : « سبعين ألف مثقال » .

وأما كونه يجوز بكل ما يجوز أن يكون ثمناً من قليل ... إلى قوله : ومنفعة معلومة ؛ فلأنه أحد العوضين . أشبه عوض المبيع ، والمبيع يجوز بذلك كله .

وقد نبه الله تعالى على جواز كون الصداق منفعة معلومة بقوله : ﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتيّ هاتين على أن تأجرني ثماني حِجَج﴾ [القصص :٢٧] .

---

(١) أخرجه الترمذي في جامعه (١١١٣) ٣: ٤٢٠ كتاب النكاح ، باب ما جاء في مهور النساء .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٨٨) ١: ٦٠٨ كتاب النكاح ، باب صداق النساء .
وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٧١١) ٣: ٤٤٥.

(٢) أخرجه أحمد في مسنده (١٤٨٦٦) ٣: ٣٥٥ .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٦٣٨١) ٣: ٤٨٣ كتاب النكاح، من تزوج على المال الكثير وزوج به.

وأما قول المصنف رحمه الله تعالى : "كرعاية غنمها ... إلى قوله : من موضع معين" ؛ فبيان لصور[1] من صور المنفعة المعلومة وتعداد لها .

وأما كونه لا يصح إذا كانت المنفعة مجهولة ؛ كرد عبدها أين كان ، أو خدمتها فيما شاءت ؛ فلأنه مجهول في عقد معاوضة . فلم يصح ؛ كالعوض المجهول في البيع .

وأما كونه إذا تزوجها على منافعه مدة معلومة يصح على روايةٍ ؛ فلضبط منافعه بالمدة .

وأما كونه لا يصح على روايةٍ ؛ فلأنها متبوعة فتفضي إلى الجهالة .

وأما كون المهر يجب في كل موضعٍ لا تصح التسمية ؛ فلأن فساد العوض يقتضي رد المعوض . وقد تعذر رده لصحة النكاح . فوجب قيمته وهو مهر المثل ؛ كمن اشترى شيئاً بثمنٍ فاسد فقبض المبيع وتلف في يده فإنه يجب عليه رد قيمته .

قال : (وإن أصدقها تعليم أبواب من الفقه ، أو الحديث ، أو قصيدة من الشعر المباح : صح . فإن كان لا يحفظها لم يصح . ويحتمل أن يصح ، ويتعلَّمُها ثم يُعلِّمُها . وإن تعلَّمتها من غيره لزمه أجرة تعليمها . وإن طلقها قبل الدخول وقبل تعليمها فعليه نصف الأجرة . ويحتمل أن يعلمها نصفها . وإن كان بعد تعليمها رجع عليها بنصف الأجرة) .

أما كون تعليم ما ذُكر يصحٍ أن يكون صداقاً ؛ فلأنه يصح أخذ الأجرة على ذلك كله . فصح أن يكون صداقاً ؛ كمنافع الدار .

وأما كونه لا يصح ذلك على المذهب إذا كان لا يحفظ ذلك ؛ فلأنه أصدقها شيئاً لا يَقدر عليه . فلم يصح ؛ كما لو استأجر من لا يحسن الخياطة لخياطة ثوبه .

وأما كونه يحتمل أن يصح ويتعلمها ثم يعلمها : أما الصحة ؛ فلأنه متمكن من تعلمها . فلم يكن عاجزاً بالكلية .

وأما تعلمها وتعليمها ؛ فليخرج عن عهدة ما وجب عليه .

(١) في أ: لصوره .

وأما كونه يلزمه أجرة تعليمها إذا تعلمتها من غيره ؛ فلأنه لما تعذر الوفاء بالواجب وجب الرجوع إلى بدله ؛ كما لو وجب لها عليه مثليٌّ فعدم . فإنها تنتقل إلى القيمة . والتعليم بعد التعليم متعذر وبدله أجرته . فوجب الرجوع إليه .

وأما كونه إذا طلقها قبل الدخول وقبل تعليمها عليه نصف الأجرة على المذهب ؛ فلأنه لما طلقها بانت منه . فتعذر تعليمها ؛ لكونها أجنبية لا يأمن الفتنة . وإذا تعذر تعليمها وهي تستحق نصف الصداق لطلاقها قبل الدخول وجب الرجوع إلى نصف أجرة التعليم لما تقدم .

وأما كونه يحتمل أن يعلمها نصفها ؛ فلأن ذلك موضع حاجة . أشبه سماع كلامها في المعاملات .

واشترط المصنف في المغني : أن يكون التعليم من وراء حجاب ، ولا بد منه ؛ لأن النظر إلى الأجنبية حرام .

وأما كونه يرجع عليها بنصف الأجرة إذا كان الطلاق بعد التعليم ؛ فلأنه بالطلاق قبل الدخول يستحق الرجوع عليها بنصف ما أصدقها . لكن الرجوع بنصف التعليم متعذر . فوجب الرجوع في بدله وهو نصف الأجرة لما تقدم .

قال : (وإن أصدقها تعليم شيء من القرآن معين لم يصح . وعنه : يصح . ولا يحتاج إلى ذكر قراءة مَنْ . وقال أبو الخطاب : يحتاج إلى ذلك) .

أما كون تعليم شيء من القرآن معين لا يصح أن يكون صداقاً على المذهب ؛ فلأن الفروج لا تستباح إلا بالأموال ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء: ٢٤] ، وقال : ﴿ومن لم يستطع منكم طَوْلاً أن ينكح المحصنات المؤمنات﴾ [النساء: ٢٥] . والطَّوْل : المال .

وأما كون ذلك يصح أن يكون صداقاً على روايةٍ ؛ فلما روي « أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة . فقالت : إني وهبت نفسي لك . فقامت طويلاً . فقال له رجل : زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة . فقال : هل عندك من شيء تصدقها ؟ فقال : ما عندي إلا إزاري . فقال النبي ﷺ : إزارك إن أعطيتها جلست ولا إزار لك . فالتمس شيئًا . قال : لا أجد شيئاً . قال : التمس ولو

خاتمًا من حديد . فالتمس . فلم يجد شيئًا . فقال النبي ﷺ : زوجتكها بما معك من القرآن »[1] متفق عليه .

ولأن تعليم القرآن منفعة معلومة مباحة . فجاز جعلها صداقًا ؛ كتعليم قصيدة من الشعر المباح .

فعلى هذه الرواية لا بد من تعيين ما يعلمها . فيقول : آية كذا ، أو سورة كذا ؛ لأنه إذا لم يعين ذلك يكون مجهولاً مفضياً إلى المنازعة والمخاصمة . وهل يحتاج إلى قراءة مَنْ ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يحتاج ؛ لأن القراءات بعضها صعب كقراءة حمزة ، ومنها سهل كقراءة غيره . فافتقر ذلك إلى التعين ؛ كتعيين الآيات .

والثاني : لا يحتاج إلى التعين ؛ لأن الاختلاف في ذلك يسير .

والصحيح في المذهب : أن تعليم القرآن لا يكون صداقاً ؛ لما تقدم .

وأما حديث الموهوبة فقيل معناه : زوجتكها ؛ لأنك من أهل القرآن ؛ كما زوج أبا[2] طلحة على إسلامه فروى ابن عبد البر بإسناده «أن أبا طلحة أتى أم سليم يخطبها قبل أن يُسلم . فقالت : أتزوج بكَ وأنتَ تعبد خشبة ؟ إن أسلمتَ تزوجتُ بك . فأسلم أبو طلحة . فتزوجها على إسلامه».

ثم ليس في الحديث الصحيح ذكر التعليم . ويحتمل أنه كان خاصًا به ، ويؤيده ما روي « أن رسول الله ﷺ زوّج رجلاً على سورة من القرآن . ثم قال : لا تكون لأحد بعدك مهرًا»[3] . رواه النجاد .

ولأن تعليم القرآن لا يجوز أن يقع إلا قربة لفاعله . فلم يجز أن يكون صداقًا ؛ كالصلاة والصوم وتعليم الإيمان .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤٢) ٥: ١٩٧٣ كتاب النكاح ، باب السلطان ولي .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٥) ٢: ١٠٤٠ كتاب النكاح ، باب الصداق.

(٢) ساقط من أ .

(٣) أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٦٤٢) ١: ١٧٦ كتاب النكاح ، باب تزويج الجارية الصغيرة .

قال : (وإن تزوج نساء بمهر واحد ، أو خالعهن بعوض واحد : صح ، ويقسم بينهن على قدر مهورهن في أحد الوجهين ، وفي الآخر : يقسم بينهن بالسوية) .

أما كون ما ذكر يصح ؛ فلأن الغرض في الجملة معلوم . فلم يؤثر فيه جهالة ما لكل واحدةٍ ؛ كما لو اشترى أربعة أعبد من رجل بثمن واحد .

وأما كون المهر والعوض يقسم بينهن على قدر مهورهن في وجهٍ . وهو للقاضي وابن حامد ؛ فلأن الصفقة إذا وقعت على شيئين مختلفي القيمة وجب تقسيط العوض بينهما بالقيمة ؛ كما لو باع شقصاً وسيفاً ، أو كما لو باع عبدين فوجد أحدهما حراً أو مغصوباً . فكذلك هاهنا .

وأما كونه يقسم بينهن بالسوية في وجهٍ . وهو لأبي بكر ؛ فلأنه أضافه إليهن إضافة واحدة . فكان بينهن بالسوية ؛ كما لو وهبه لهن ، أو أقر لهن ، وكما لو اشترى جماعة ثوباً بأثمان مختلفة ثم باعوه مرابحة أو مساومة فإن الثمن بينهم بالسوية وإن اختلفت رؤوس الأموال .

ولأن القول بتقسيطه يفضي إلى جهالة العوض لكل واحدةٍ منهن وذلك يفسده .

وظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى في المغني تصحيح الأول ؛ لأنه أجاب عن مسألة[1] المتاجرة بالمنع . وبتقدير التسليم أن القيمة فيها واحدة . بخلاف ما ذكر . وعن الإقرار والهبة بأنه ليس فيهما قيمة . بدليل ما تقدم .

---

(١) في أ: المسألة.

فصل [في كون الصداق معلوماً]

قال المصنف رحمه الله تعالى : (ويشترط أن يكون معلوماً ؛ كالثمن . وإن أصدقها داراً غير معينة أو دابة : لم يصح . وإن أصدقها عبداً مطلقاً لم يصح . وقال القاضي : يصح ، ولها الوسط . وهو : السندي) .

أما كون الصداق يشترط أن يكون معلوماً كالثمن ؛ فلأن الصداق عوض في عقد معاوضة . فاشترط كونه معلوماً ؛ كالعوض في البيع والإجارة .

ولأن غير المعلوم مجهول لا يصح عوضاً في البيع . فلم يصح تسميته ؛ كالمُحرّم .

وأما كون من أصدق داراً غير معينة أو دابة لا يصح ؛ فلأن الصداق يشترط أن يكون معلوماً لما تقدم ، وذلك مفقود فيما ذكر .

وأما كون من أصدق عبداً مطلقاً لا يصح على المذهب ؛ فلأنه غير معلوم .

وأما كونه يصح على قول القاضي ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « العلائق : ما تراضى عليه الأهلون »[1] .

ولأنه موضع ثبت فيه العوض في الذمة بدلاً عما ليس المقصود فيه المال . فثبت مطلقاً ؛ كالدية .

ولأن جهالة التسمية هنا أقل جهالة [من مهر المثل ، و][2] إن كانت مهر المثل صح . فكذلك هنا .

فإن قيل : تصحيح القاضي ذلك مطلقاً أو بقيد ؟

قيل : بل بقيد .

(١) سبق تخريجه ص: ٦٥٤.

(٢) زيادة يقتضيها السياق .

قال صاحب المغني فيه : أن القاضي يصحح المهر مجهولاً ما لم تزد جهالته على جهالة مهر المثل كعبدٍ وفرسٍ من جنس معلوم . فلو كان دابة أو حيواناً ونحو ذلك لم يصح ؛ لأنه لا سبيل إلى معرفة الوسط .

وأما كون الزوجة لها الوسط على قوله ؛ فلأنه أقرب إلى العدل .

وأما كون الوسط السندي ؛ فلأن الأعلى التركي ، والأسفل الزنجي ، والسندي بينهما . فيكون الوسط .

والأول أصح ؛ لما ذكر .

وأما الخبر فالمراد ما تراضوا عليه مما يصلح عوضاً . بدليل سائر ما لا يصلح .

وأما الدية فإنها تثبت بالشرع لا بالعقد . وهي خارجة عن القياس في تقديرها ، ومن وجبت عليه . فلا ينبغي أن تجعل أصلاً . ثم الحيوان الثابت فيها موصوف بسنه مقدر بقيمته . فكيف يقاس عليه العبد المطلق ؟.

وأما كون جهالة المطلق أقل من جهالة مهر المثل فممنوع ؛ لأن العادة في القبائل والقرى أن[1] يكون لنسائهم مهر لا يكاد يختلف إلا بالثيوبة والبكارة . فيكون إذاً معلوماً .

قال : (وإن أصدقها عبداً من عبيده لم يصح . ذكره أبو بكر . وروي عن أحمد : أنه يصح ، ولها أحدهم بالقرعة . وكذلك يُخَرّج إذا أصدقها دابة من دوابه ، أو قميصاً من قمصانه ونحوه) .

أما كون الصداق لا يصح أن يكون عبداً من عبيده على ما ذكره أبو بكر ؛ فلأنه مجهول . فلم يصح ؛ كما لو باعه عبداً من عبيده .

وأما كونه يصح على روايةٍ ؛ فلأن الجهالة يسيرة ويمكن التعيين بالقرعة .

وأما كون الزوجة لها أحدهم بالقرعة ؛ فلأنه إذا صح أن يكون صداقاً استحقت واحداً غير معين . فشرعت له القرعة مميزة ؛ كما لو أعتق أحد العبدين .

وأما كون بقية الصور يخرج فيها كذلك ؛ فلأنها في معناه .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق .

قال : (وإن أصدقها عبداً موصوفاً صح . وإن جاءها بقيمته ، أو أصدقها عبداً وسطاً وجاءها بقيمته ، أو خالعته على ذلك فجاءته بقيمته : لم يلزمهما قبولها . وقال القاضي : يلزمهما ذلك) .

أما كون الصداق يصح أن يكون عبداً موصوفاً ؛ فلأنه يصح أن يكون عوضاً في البيع . فصح أن يكون عوضاً في النكاح .

ولأن الصفة تنزله منزلة المرئي . فجاز جعله صداقاً ؛ كالمعين .

وأما كون الزوجين لا يلزمهما قبول القيمة على المذهب في ذلك ، وفيما إذا أصدقها عبداً وسطاً وجاءها بقيمته ، وفيما إذا خالعها على ذلك وجاءته بقيمته ؛ فلأن المستحق عبد بعقد معاوضة . فلم يلزم قبول القيمة عوضاً عوضاً عنه ؛ كالمسلم فيه .

ولأنه عبد وجب صداقاً أو عوض خلع . فلم يلزم قبول القيمة فيه ؛ كما لو كان معيباً .

وأما كونهما يلزمهما ذلك على قول القاضي ؛ فلأنه مستحق في الذمة . فلزم قبول القيمة فيه ؛ كالإبل في الدية .

والأول أصح ؛ لما ذكر .

وأما الدية فلا يلزم فيها أحد قيمة الإبل وإنما الأثمان أصل في الذمة كالإبل فلزم فيه القبول ؛ لأن ذلك أصل لا على طريق القيمة . بخلاف هذه المسألة . ثم الدية خارجة عن القياس فلا يقاس عليها . ثم القياس على عقود المعاوضات أولى من القياس على غير عقود المعاوضات .

قال : (وإن أصدقها طلاق امرأة له أخرى لم يصح . وعنه : يصح . فإن فات طلاقها بموتها فلها مهرها في قياس المذهب) .

أما كون الصداق لا يصح أن يكون طلاق امرأة له أخرى على المذهب ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « لا تسأل المرأةُ طلاقَ أختها لتَكْتفِئَ ما في صَحْفتَها ، ولْتنكِحْ فإنما لها ما قدِّرَ لها »[1] حديث صحيح .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٢٢٧) ٦: ٢٤٣٥ كتاب القدر، باب {وكان أمر الله قدراً مقدوراً} ⇦

وعن النبي ﷺ أنه قال : «لا يحل لرجلٍ أن ينكحَ امرأةً بطلاقِ أخرى»[1].

ولأن ذلك ليس بمال ، والمهر لا يكون إلا مالاً ؛ لقوله تعالى : ﴿أن تبتغوا بأموالكم﴾ [النساء : ٢٤] .

ولأن هذا لا يصح ثمناً في بيع ، ولا أجراً في إجارة . فلم يصح صداقاً ؛ كالمنافع المحرمة .

فعلى هذا يكون لها مهر المثل ؛ لما تقدم .

وأما كون ذلك يصح على روايةٍ ؛ فلأنه فعل لها فيه فائدة ونفع لما يحصل لها من الراحة بطلاقها من مقاسمتها وضررها والغيرة منها . فصح جعل ذلك صداقاً ؛ كعتق أبيها وخياطة قميصها .

وأما كون الزوجة لها مهر ضرتها في قياس المذهب إذا بان طلاقها بموت ؛ فلأنه سمى لها صداقاً لم يصل إليه فكان لها قيمته ؛ كما لو أصدقها عبداً فخرج حراً .

وقول المصنف رحمه الله تعالى : في قياس المذهب مشعر بالخلاف . وصرح به في المغني فقال : ويحتمل أن لها مهر مثلها ؛ لأن الطلاق لا قيمة له .

قال : (وإن تزوجها على ألف إن كان أبوها حياً ، وألفين إن كان ميتاً لم يصح . نص عليه . وإن تزوجها على ألف إن لم يكن له زوجة ، وألفين إن كان له زوجة : لم يصح في قياس التي قبلها . والمنصوص أنه يصح) .

أما كون من تزوج امرأة على ألفٍ إن كان أبوها حياً ، وألفين إن كان ميتاً لا يصح ؛ فلأن سبيل ذلك سبيل الشرطين . فلم يصح ؛ كالبيع .

ولأنه في معنى بيعتين في بيعه . فلم يصح ؛ كما لو قال[2] بعتك بعشرة نقداً أو بعشرين نسئاً .

⇨

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٠٨) ٢: ١٠٢٩ كتاب النكاح، باب تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح.

(١) أخرجه أحمد في مسنده (٦٦٤٧) ٢: ١٧٧ .

(٢) زيادة يقتضيها السياق .

وأما كونه لا يصح إذا تزوجها على ألفٍ إن لم يكن له زوجة ، وألفين إن كان له زوجة في قياس التي قبلها ؛ فلأنها في معناها .

وأما كونه يصح على المنصوص ؛ فلأنها قد يكون لها غرض صحيح .

فإن قيل : الإمام أحمد رضي الله عنه نص على الصحة في هذه المسألة ، وقد تقدم أنه نص على عدم الصحة في التي قبلها فهلا اتحدا ؟

قيل : من الأصحاب من قال : يُخَرّج فيهما روايتان :

أحدهما : الصحة فيهما ؛ لأن أحد الألفين معلوم ، والثاني : معلق على شرط . فإن وجد الشرط كان زيادة في الصداق ، والزيادة فيه جائزة .

والثانية : الفساد فيهما ؛ لما تقدم .

ومن الأصحاب من قال : بعدم الصحة في الأول ، وبالصحة في الثاني لما يأتي من الفرق بينهما .

قال المصنف في المغني : والأول أولى ، يعني القول بالفساد- فيهما . وأجاب عن القول بأن هذا تعليق على شرط : فإن هذا لا يصح لوجهين :

أحدهما : أن الزيادة لا يصح تعليقها على شرط . فلو قال : إن مات أبوك فقد زدتك في صداقك ألفاً لم يصح ولم تلزم الزيادة عند موت الأب .

والثاني : أن الشرط هاهنا لم يتجدد في قوله : إن كان لي زوجة ، أو كان أبوك ميتاً . ثم قال : ويمكن الفرق بين المسألة التي نص على إبطال التسمية فيها وبين التي نص على الصحة فيها : بأن التي نص على الصحة فيها جعل الزيادة فيها ليس للمرأة فيه غرض يصح بذل العوض فيه وهو كون أبيها ميتاً . بخلاف التي صحت التسمية فيها فإن خلو المرأة من ضرة تضرّ بها وتقاسمها وتضيّق عليها من أكبر أغراضها . ثم قال : فعلى هذا يمنع قياس إحدى الصورتين على الأخرى ، ولا يكون في كل مسألة إلا رواية واحدة .

قال : (وإذا قال العبد لسيدته : أعتقيني على أن أتزوجك فأعتقته على ذلك : عتق ولم يلزمه شيء) .

أما كون العبد يعتق ؛ فلأن سيدته أعتقته .

وأما كونه لا يلزمه شيء ؛ فلأن النكاح يحصل به الملك للزوج . فلم يلزمه ذلك ؛ كما لو اشترطت عليه أن تملكه داراً .

قال : (وإذا فرض الصداق مؤجلاً ولم يذكر مَحل الأجل : صح في ظاهر كلامه . ومَحِله الفرقة عند أصحابنا ، وعند أبي الخطاب : لا يصح) .

أما كون فرض الصداق مؤجلاً من غير ذكر محل الأجل يصح في ظاهر كلام الإمام أحمد ؛ فلأن لذلك عرفاً . فوجب أن يصح ويحمل عليه .

وأما كون محله الفرقة عند الأصحاب ؛ فلأن المطلق يحمل على العرف . والعُرف تركُ المطالبة بالصداق إلى حين الفرقة . فحمل عليه فيصير حينئذٍ معلوماً .

وأما كون ذلك لا يصح عند أبي الخطاب والمراد به الفرض ؛ فلأنه عوضٌ مجهولُ المحِل . فلم يصح الفرض معه ؛ كالثمن في البيع .

فعلى هذا يجب مهر المثل لعدم صحة التسمية .

فصل [في الصداق الفاسد]

قال المصنف رحمه الله تعالى : (**وإن أصدقها خمراً ، أو خنزيراً ، أو مالاً مغصوباً : صح النكاح ، ووجب مهر المثل . وعنه : أنه يعجبه استقبال النكاح . اختاره أبو بكر . والمذهب صحته**) .

أما كون النكاح يصح فيما ذكر كله على المذهب ؛ فلأنه نكاح لو كان عوضه صحيحاً لكان صحيحاً . فوجب أن يكون صحيحاً وإن كان عوضه فاسداً ؛ كالخلع .

ولأنه عقد لا يفسد بجهالة العوض . فلم يفسد بتحريمه ؛ كالخلع .

وأما كون مهر المثل يجب ؛ فلفساد التسمية .

وأما كون استقبال النكاح يعجب الإمام أحمد ويختاره أبو بكر ؛ فلأنه معوضٌ جعل عوضه محرماً . أشبه نكاح الشغار .

وأما كون المذهب الصحة ؛ فلما تقدم .

ولأن فساد العوض لا يزيد على عدمه ، ولو عدم لكان صحيحاً . فكذا إذا فسد .

وقول الإمام أحمد رضي الله عنه : يعجبني استقبال النكاح محمول على الاستحباب .

قال : (**وإن تزوجها على عبد فخرج حراً ، أو مغصوباً ، أو عصيراً فبان خمراً : فلها قيمته . وإن وجدت به عيباً فلها الخيار بين أخذ أرشه أو ردّه ، وأخذ قيمته**) .

أما كون الزوجة لها قيمة ما ذُكر فيما إذا تزوجها على عبدٍ فخرج حراً أو مغصوباً ، أو عصيراً فبان خمراً ؛ فلأنها رضيت بما سمى لها ، وتسليمه ممتنع لكونه غير قابل لجعله صداقاً . فوجب الانتقال إلى القيمة ؛ لأنها بدله .

وفي كون الزوجة لها القيمة : إشعارٌ بأنها لا تستحق مهر المثل . وصرح به في المغني ؛ لأنها لما رضيت بما سمي لها لم يكن لها الانتقال إلا إلى بدل ما رضيت به .

ولا بد أن يلحظ أن المغصوب لو كان مثلياً كان لها مثله لا قيمته ؛ كما لو استحق عليه مثلٌ بغير الصداق .

فإن قيل : ما يصنع بالعصير وهو مثلي . بدليل ضمانه بمثله في غصبه ؟

قيل : يجب حمله على عصير عدم مثله ، أو يعبّر هنا ؛ كما عبر في باب الغصب : في أصله .

وأما كونها لها الخيار بين ما ذكر فيما إذا وجدت بذلك عيباً ؛ فلأنه عوض في عقد معاوضة . فثبت الخيرة فيه بين أخذ الأرش والبدل ؛ كالمبيع المعيب .

فصل [إذا شرط الأب له شيئاً]

قال المصنف رحمه الله تعالى: **(وإن تزوجها على ألف لها وألف لأبيها: صح، وكانا جميعاً مهرها. فإن طلقها قبل الدخول بعد قبضهما رجع عليها بألف، ولم يكن على الأب شيء مما أخذ. وإن فعل ذلك غير الأب فالكل لها دونه)**.

أما كون الأب يصح أن يشرط له شيئاً من مهر ابنته؛ فلأنه لو شرط الكل لنفسه صح. فلأن يصح أن يشرط البعض بطريق الأولى.

بيان صحة اشتراط الكل لنفسه: أن شعيباً زوّج موسى ابنته على رعاية غنمه. وذلك اشتراط لنفسه.

ولأن للوالد الأخذ من مال ولده. بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «أنتَ ومالُكَ لأبيك»[1]، وقوله ﷺ: «إن أولادكم من أطيب كسبكم. فكلوا من أموالهم»[2]. أخرجه أبو داود، ونحوه للترمذي. وقال: حديث حسن.

فإذا اشترط لنفسه شيئاً من مهر ابنته يكون ذلك أخذًا من مال ابنته.

وأما كون الزوج يرجع عليها بألف إذا طلقها قبل الدخول بعد قبضهما؛ فلأن صداقها ألفان. فوجب الرجوع عليها بألف؛ لأنه نصف الصداق.

وأما كون الأب لا شيء عليه مما أخذ؛ فلأنه أخذ من مال ابنته ألفاً. فلا يجوز للزوج الرجوع عليه بشيء.

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٢٩١) ٢: ٧٦٩ كتاب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، عن جابر بن عبدالله.
وأخرجه أحمد في مسنده (٦٩٠٢) ٢: ٢٠٤ عن عمروبن شعيب عن أبيه عن جده.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٥٣٠) ٣: ٢٨٩ كتاب البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده، عن عمروبن شعيب عن أبيه عن جده.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٨) ٣: ٦٣٩ كتاب الأحكام، باب ما جاء أن الوالد يأخذ من مال ولده، عن عائشة.

وفي قول المصنف : بعد قبضهما إشعار بأن الطلاق لو كان قبل القبض لم يكن الحكم كذلك . وهو صحيح ؛ لأنه إذا لم يقبض الصداق لم يرجع بل يسقط عنه نصف المسمى ، وبقي عليه ألف للزوجة يأخذ الأب منه ما شاء . قاله المصنف في المغني .

وقال القاضي : يكون بينهما نصفين . وقال : نقله مهنا عن أحمد لأنه شرط لنفسه النصف ولم يحصل من الصداق إلا ما قال المصنف في المغني . وليس هذا القول على سبيل الإيجاب ؛ فلأن للأب أن يأخذ ما يشاء ويترك ما يشاء .

وأما كون الكل لها إذا فعل ذلك غير الأب دون ذلك الغير ؛ فلأن جميع ما اشترطه عوض في تزويجها . فيكون صداقاً لها ؛ كما لو جعله لها . وليس للغير أن يشترط من مال الغير شيئاً إذا لم يكن أباً فحينئذٍ يقع الاشتراط لغواً ويكون الكل لها . ولا فرق بين كون الغير جَداً أو غيره ؛ لاستوائهما في كونهما ليس لهما الأخذ من مال الزوجة .

قال : (وللأب تزويج ابنته البكر والثيب بدون صداق مثلها وإن كرهت . وإن فعل ذلك غيره بإذنها صح ، ولم يكن لغيره الاعتراض . وإن فعله بغير إذنها وجب مهر المثل . ويحتمل أن لا يلزم الزوج إلا المسمى ، والباقي على الولي ؛ كالوكيل في البيع) .

أما كون الأب له تزويج ابنته بدون صداق مثلها ؛ فلما روي : « أن عمر رضي الله عنه خطبَ الناس . فقال : ألا ! لا تُغالُوا في صُدُق النساء . فما أصدقَ رسول الله ﷺ أحداً من نسائه ولا أحداً من بناته أكثر من ثنتي عشرةَ أوقية »[1] . وكان بمحضر من الصحابة ولم ينكر أحد منهم فكان ذلك اتفاقاً منهم على أن له أن يزوج بذلك وإن كان ذلك دون مهر المثل .

وعن سعيد بن المسيب : « أنه زوجَ بنته بدرهمين » . وهو من سادات قريش شرفاً وديناً وعلماً . ومن المعلوم أنه لم يكن مهر مثلها .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٠٦) ٢: ٢٣٥ كتاب النكاح ، باب الصداق.

ولأنه ليس المقصود من النكاح العوض ، وإنما المقصود السكن ، والازدواج ، ووضع المرأة في منصب عند من يكفلها ويصونها . والظاهر من حال الأب مع تمام شفقته وتمام نظره أنه لا ينقصها من صداقها إلا بتحصيل المعاني المقصودة من النكاح . فلا ينبغي أن يمنع من تحصيل المقصود بتفويت غيره .

وأما كونه له ذلك بكراً كانت أو ثيباً طائعة كانت أو مكرهة ؛ فلأن المصحح تحصيل المعاني المذكورة . وهو مشترك بين البكر والثيب والمطاوعة والمكرهة .

فإن قيل : الأب لا يملك تزويج ابنته الثيب الكبيرة قولاً واحداً . فكيف يملك تزويجها بدون مهر مثلها وهي كارهة ؟

قيل : يتصور ذلك بأن تأذن له في أصل النكاح دون قدر المهر .

وظاهر كلام ابن عقيل في الفصول : أن الأب إنما يملك التزويج بدون مهر المثل لمن يملك إجبارها . لأنه قال فيه : وإذا زوج الأب ابنته التي يملك إجبارها وهي الصغيرة رواية واحدة ، والبكر البالغ في إحدى الروايتين بدون مهر مثلها : يثبت المسمى ولم يبلغ تسميته ، ولا يثبت مهر المثل .

ولو لم يختص الحكم بالمجبرة لم يكن حاجة إلى ما ذكره . وهذا أرجح من جهة النظر ؛ لأن من لا يملك إجبارها على النكاح كيف يملك نقصها من مهر مثلها ؟ .

ولأن الأب إذا لم يملك الإجبار ساوى بقية الأولياء . فيجب أن يساويهم في عدم التنقيص من مهر المثل .

وأما كون ذلك يصح إذا فعله غير الأب بإذنها ؛ فلأن الحق لها . فإذا رضيت بإسقاطه سقط .

ولأنه إذا صح في بعض الصور بغير إذنها تحصيلاً للمصلحة . فلأن يصح بإذنها بطريق الأولى .

وأما كون غير من ذكر لا يكون له الاعتراض ؛ فلأن الحق في ذلك متمحض لها دون غيرها . بخلاف تزويجها من غير كفء .

وأما كون مهر المثل يجب على المذهب إذا فعله غير الأب بغير إذنها ؛ فلأنه ليس له ذلك ؛ لأن مقتضى الدليل أنه ليس لأحدٍ تنقيصها من مهر المثل لما عليها في

ذلك من الضرر . تُرك العمل به في الأب لما تقدم . فيجب أن يبقى فيما عداه على مقتضاه . وإذا لم يكن له ذلك لغت تسميته ووجب مهر المثل ؛ كالخالي عن التسمية .

وأما كونه يحتمل أن لا يلزم الزوج إلا المسمى ؛ فلأنه ما التزم غيره .

فعلى هذا تكون الزيادة على الولي ؛ لأنه مفرط . أشبه الوكيل في البيع .

وقال المصنف في المغني : قال أحمد : أخاف أن يكون ضامناً .

فعلى هذا يكون الاحتمال منقولاً عن الإمام أحمد رضي الله عنه ، وتجعل رواية له ؛ لأنه كثيراً ما يقول : أخاف ، وتجعل مذهباً له .

قال : (وإن زوّج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل صح ولزم ذمة الابن . فإن كان معسراً فهل يضمنه الأب ؟ يحتمل وجهين) .

أما كون الأب إذا زوج ابنه الصغير بأكثر من مهر المثل يصح ؛ فلأن تصرف الأب ملحوظ فيه المصلحة لولده . فكما صح أن يزوج ابنته بدون مهر المثل للمصلحة فكذا يصح أن يزوج ابنه بأكثر من مهر المثل تحصيلاً للمصلحة .

وأما كون الصداق يلزم ذمة الابن ؛ فلأن العقد له . فكان بذله عليه ؛ كثمن المبيع .

وأما كون الأب يضمن ذلك إذا كان الابن معسراً على وجهٍ ؛ فلأنه مباشر له غارّ للزوجة بابنه . أشبه الغارّ في النكاح .

وأما كونه لا يضمنه على وجهٍ ؛ فلأنه ناب فيه عن غيره . فلم يضمنه ؛ كثمن مبيعه أو كالوكيل .

قال القاضي : هذا أصح . وذكر المصنف رحمه الله تعالى هذين الاحتمالين في المغني روايتين .

قال : (وللأب قبض صداق ابنته الصغيرة بغير إذنها . ولا يقبض صداق الثيب الكبيرة إلا بإذنها . وفي البكر البالغ روايتان) .

أما كون الأب له قبض صداق ابنته الصغيرة بغير إذنها ؛ فلأنه وليها ويملك إجبارها على النكاح وقبض سائر أموالها بغير إذنها . فكذلك قبض صداقها .

وأما كونه لا يقبض صداق الثيب الكبيرة إلا بإذنها ؛ فلأنه لا يلي مالها ولا يملك إجبارها على النكاح . فافتقر ذلك إلى إذنها ؛ كسائر حقوقها .

وأما كون البكر البالغ فيها روايتان ؛ فلأنه هل يملك إجبارها على النكاح ؟ فيه روايتان . فإن قيل : يملكه : ملك قبض مهرها ؛ كالبكر الصغيرة ، وإن قيل : لا يملكه : لا يملك ؛ كالبنت الكبيرة .

فصل [في صداق العبد]

قال المصنف رحمه الله تعالى : **(وإن تزوج العبد بإذن سيده على صداق مسمى صح . وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على روايتين .**

وإن تزوج بغير إذنه لم يصح النكاح . فإن دخل بها وجب في رقبته مهر المثل . وعنه : يجب خمسا المسمى . اختارها الخرقي) .

أما كون تزويج العبد بإذن سيده على صداق مسمى يصح ؛ فلأن الحجر عليه لحق سيده . فإذا أسقط حقه سقط .

وأما كونه يتعلق برقبته على روايةٍ ؛ فلأنه وجب بفعله . أشبه جنايته .

وأما كونه يتعلق بذمة سيده على روايةٍ ؛ فلأنه حق تعلق بالعبد برضا السيد . فتعلق بذمة سيده ؛ كدين التجارة المأذون فيها .

وأما كون تزويج العبد بغير إذن سيده لا يصح ؛ فلما روى جابر قال : قال رسول الله ﷺ : «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر»[1] . رواه أبو داود وابن ماجة .

وعن ابن عمر رضي الله عنهما قال : قال رسول الله ﷺ : « أيما عبدٍ تزوجَ بغير إذن مَواليهِ فهو زان »[2] . وفيه مقال . وروي موقوفاً على ابن عمر .

ولأنه تزويج فقد شرطه . فلم يصح ؛ كما لو تزوجها بغير شهود .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٧٨) ٢: ٢٢٨ كتاب النكاح ، باب في نكاح العبد بغير إذن سيده .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١١١) ٣: ٤١٩ كتاب النكاح ، باب ما جاء في نكاح العبد بغير إذن سيده .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٥٩) ١: ٦٣٠ كتاب النكاح ، باب تزويج العبد بغير إذن سيده .
وأخرجه أحمد في مسنده (١٥٠٧٣) ٣ : ٣٧٧ .

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٦٠) ١: ٦٣٠ كتاب النكاح ، باب تزويج العبد بغير إذن سيده . قال في الزوائد: في إسناده مِندَل ، وهو ضعيف.

وأما كون مهر المثل يجب إذا دخل بها على روايةٍ ؛ فلأنه استحل فرجها وذلك موجب للمهر ؛ لقوله عليه السلام : « أيما امرأةٍ نكحت نفسها بغير إذنِ وليها فنكاحها باطل فإن أصابها فلها المهرُ بما استحل من فرجها »[1] .

ولأنه استوفى منافع البضع . فكان المهر المتقدم ذكره واجباً ؛ كسائر الأنكحة الفاسدة .

وأما كونه في رقبته ؛ فلأنه من جنايته .

وأما كون خمسي المسمى يجب على روايةٍ ؛ فلأن عثمان بن عفان قال ذلك .

قال : (وإن زوج السيد عبده أمته لم يجب مهر . ذكره أبو بكر . وقيل : يجب ويسقط) .

أما كون ما ذكر لا يجب به مهر على المذهب ؛ فلأنه لو وجب لوجب لسيدها ، والسيد لا يجب له على عبده مال .

وأما كونه يجب على قول ؛ فلئلا يخلو العقد من مهر .

وأما كونه يسقط حينئذ ؛ فلتعذر إتيانه .

قال : (وإن زوج عبده حرة ثم باعها العبدَ بثمن في الذمة تحول صداقها أو نصفه إن كان قبل الدخول إلى ثمنه . وإن باعها إياه بالصداق صح قبل الدخول وبعده . ويحتمل أن لا يصح قبل الدخول) .

أما كون الصداق المذكور أو نصفه يتحول إلى ثمن العبد إذا باعه سيده لزوجته قبل الدخول بثمن في الذمة ؛ فلأن ذلك متعلق برقبة العبد . فوجب أن ينتقل إلى بدله وهو الثمن .

وأما كون السيد إذا باعها إياه بالصداق يصح قبل الدخول وبعده على المذهب ؛ فلأن الصداق يصلح أن يكون ثمناً لغير العبد . فكذا للعبد .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٨٣) ٢: ٢٢٩ كتاب النكاح ، باب في الولي .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٠٢) ٣: ٤٠٧ كتاب النكاح ، باب ما جاء لا نكاح إلا بولي .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٧٩) ١: ٦٠٥ كتاب النكاح ، باب لا نكاح إلا بولي .

وأما كونه يحتمل أن لا يصح قبل الدخول ؛ فلأن شراء الزوجة زوجها يوجب فسخ نكاحها على وجهٍ ، وذلك يوجب سقوط صداقها . فيبطل كونه ثمناً .

فصل [في ملك المرأة الصداق]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (وتملك المرأة الصداق المسمى بالعقد. فإن كان معيناً؛ كالعبد والدار فلها التصرف فيه. ونماؤه لها وزكاته. ونقصانه وضمانه عليها. إلا أن يمنعها قبضه فيكون ضمانه عليه. وعنه: فيمن تزوج على عبد ففقئت عينه إن كانت قد قبضته فهو لها، وإلا فهو على الزوج.

فعلى هذا: لا يدخل في ضمانها إلا بقبضه. وإن كان غير معين؛ كقفيز من صبرة لم يدخل في ضمانها، ولم تملك التصرف فيه إلا بقبضه كالمبيع).

أما كون المرأة تملك الصداق المسمى بالعقد؛ فـ « لأن النبي ﷺ قال للزوج الذي قال: لا أجد إلا إزاري: إزارك إن أعطيتها جلست ولا إزار لك »[1]. ولو لم تملكه المرأة بالعقد لكان الإزار له.

ولأن النكاح عقد يملك به المعوض. فملك به العوض كاملاً؛ كالبيع.

وأما كونها تملك التصرف فيه إذا كان معيناً كالعبد والدار؛ فلأنه ملكها. فكان لها التصرف فيه؛ كسائر أملاكها.

وأما كون نمائه لها وزكاته عليها ونقصانه عليها إذا لم يمنعها قبضه؛ فلأن ذلك كله من توابع الملك، وهو موجود هاهنا.

وأما كون ضمانه عليها على المذهب إذا لم يمنعها قبضه؛ فلأن ذلك من توابع الملك الخالي عن الغصب، وهو موجود هنا.

وأما كون ضمانه عليه إذا منعها قبضه؛ فلأنه غاصب أو بمنزلته.

وأما كونه لا يدخل في ضمانها إلا بقبضه على روايةٍ؛ فلأنه غير مقبوضٍ. فلم يضمنه قياساً على المبيع في روايةٍ.

---

(١) سبق تخريجه ص: ٦٦٠.

وأما كون غير المعين كقفيز من صُبْرة لا يدخل في ضمانها ولا تملك التصرف فيه إلا بقبضه كالمبيع . فقد نبه المصنف رحمه الله تعالى على تعليل ذلك بقوله : كالمبيع ؛ لأن الحكم في المبيع غير المعين كذلك . والجامع بين الصداق والمبيع كون كل واحدٍ منهما عوضاً في عقد معاوضة .

وذكر في المغني : أن الصداق إن كان مكيلاً أو موزوناً فهو من ضمان الزوج قبل القبض ، وإن كان غيرهما ففيه وجهان بناء على المبيع . وفي هذا تنبيه على إلحاق الصداق بالمبيع .

فعلى هذا يُخَرّج فيه أربع روايات ؛ لأن في المبيع قبل القبض أربع روايات :

إحداهن : الفرق بين المعين وغيره .

والثانية : الفرق بين المكيل والموزون وغيرهما .

والثالثة : الفرق بين المطعوم وغيره .

والرابعة : كل مبيعٍ لا يضمنه المشتري قبل قبضه .

فيُخَرّج جميع ذلك في الصداق ؛ لتحقق المشابهة بينهما .

قال : (وإن قبضت صداقها ثم طلقها قبل الدخول رجع بنصفه إن كان باقياً ويدخل في ملكه حكماً كالميراث . ويحتمل أن لا يدخل حتى يطالب به ويختار . فما ينمى قبل ذلك فهو لها) .

أما كون الزوج يرجع بنصف الصداق إن كان باقياً إذا طلق قبل الدخول ؛ فلأن الطلاق قبل الدخول يوجب تنصيف الصداق . بدليل قوله تعالى : ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة : ٢٣٧] .

وأما كونه يدخل ذلك في ملكه حكماً كالميراث على المذهب ؛ فلأن قوله تعالى : ﴿فنصف ما فرضتم﴾ [البقرة :٢٣٧] : يدل عليه ؛ لأن التقدير : "فنصف ما فرضتم لكم أو لهن" وذلك يقتضي كينونة النصف له أو لها بمجرد الطلاق .

ولأن الطلاق سبب يملك به بغير عوض . فلم يفتقر إلى اختياره ؛ كالإرث .

ولأنه سبب لنقل الملك . فنقل الملك بمجرده ؛ كالبيع وسائر الأسباب .

وأما كونه يحتمل أن لا يدخل حتى يطالب به ويختار فقياس على الشفيع .

وأما كون النماء الحادث قبل الاختيار لها على ذلك ؛ فلأنه نماء ملكها لأن التقدير أنه لا يملك إلا باختياره . فهو قبل الاختيار على ملك الزوجة .

قال : (فإن كان الصداق زائداً زيادة منفصلة رجع في نصف الأصل ، والزيادة لها . وإن كانت متصلة فهي مخيرة بين دفع نصفه زائداً وبين دفع نصف قيمته يوم العقد . وإن كان ناقصاً خيّر الزوج بين أخذه ناقصاً وبين أخذ نصف قيمته وقت العقد) .

أما كون الزوج يرجع في نصف الأصل فيما إذا زاد زيادة منفصلة ؛ كالولد والثمرة والكسب ؛ فلأن الظاهر قبل الدخول يقتضي الرجوع في نصف الصداق ، وقد أمكن الرجوع فيه من غير ضرر على أحد . فوجب أن يثبت حكم الرجوع عملاً بالمقتضي السالم عن المعارض .

وأما كون الزيادة المنفصلة للزوجة ؛ فلأنها نماء ملكها .

وأما كون الزوجة فيما إذا زاد زيادة متصلة مخيرة بين دفع نصف الأصل زائداً وبين دفع نصف قيمته يوم العقد ؛ فلأنها إن اختارت دفع نصف الأصل زائداً كان ذلك إسقاطاً لحقها من الزيادة وذلك لها . وإن اختارت دفع نصف قيمته كان ذلك لها ؛ لأنه لا يلزمها دفع نصف الأصل زائداً لاشتماله على الزيادة التي لا يمكن فصلها عنه . وإذا كان كذلك كان رد نصف الأصل متعذراً وتعينت القيمة ؛ كالإتلاف وغيره .

وأما كون الزوج مخيراً بين أخذ النصف ناقصاً وبين أخذ نصف القيمة وقت العقد ؛ فلأنه إن اختار أخذ النصف ناقصاً كان ذلك إسقاطاً لحقه ، وذلك له . وإن اختار أخذ نصف القيمة وقت العقد كان ذلك له ؛ لأنه لا يلزمه قبوله ناقصاً لما فيه من الضرر عليه . وإذا لم يلزمه أخذ عينه تعينت القيمة .

قال : (وإن كان تالفاً أو مستحقاً بدين أو شفعة فله نصف قيمته يوم العقد ؛ إلا أن يكون مثلياً فيرجع بنصف مثله . وقال القاضي : له القيمة أقل ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض) .

أما كون الزوج له نصف قيمة[1] الصداق غير المثليّ كالعبد والدار وما أشبه ذلك إذا تلف أو استحق كما ذكره المصنف رحمه الله تعالى ؛ فلأن تعذر الرجوع في عينه يوجب الرجوع في نصف القيمة لأنها بدل نصفه . دليله الإتلاف .

وأما كون القيمة معتبرة بيوم العقد على المذهب ؛ فلأن الزيادة بعد ذلك تكون ملكاً[2] للزوجة لكونها نماء لملكها . فلا يجوز تقويمها بعد العقد ؛ لكونه تقويماً بملك غيره . وإذا لم يعتبر بعد العقد وجب اعتبارها يوم العقد لأن ذلك مما يصح الاستناد إليه .

وأما كون الزوج له القيمة أقل ما كانت من يوم العقد إلى يوم القبض على قول القاضي ؛ فلأنه لو نقص في يده كان ضمانه عليه .

قال صاحب النهاية فيها : الأول أصح ؛ لأن المعين لا يفتقر الملك فيه إلى قبض . فلا يضمن باليد .

وأما كونه يرجع بنصف المثلي كالدراهم والدنانير والحبوب وما أشبه ذلك ؛ فلأنه أقرب مماثلة ومشابهة لحقه . ولهذا ضمن المثلي في الإتلاف بالمثل لا بالقيمة .

قال : (وإن نقص الصداق في يدها بعد الطلاق فهل تضمن نصفه ؟ يحتمل وجهين . وإن قال الزوج : نقص قبل الطلاق ، وقالت : بعده فالقول قولها مع يمينها) .

أما كون ما ذُكر يحتمل وجهين ؛ فلأن لحظ ما تقدم من الخلاف فيما إذا نقص الصداق المتعين في يد الزوج يوجب ذلك .

ولأن كل واحدة من المسألتين تشبه الأخرى معنى فلتساويها حكماً .

فعلى هذا إذا قيل : يضمن هناك تضمن هي هنا ، وإذا قيل : لا يضمن هناك لم تضمن هاهنا .

---

(١) في أ : قيمته .

(٢) في أ : ملك .

وأما كون القول قولها إذا قال الزوج : نقص قبل الطلاق ، وقالت : بعده ؛ فلأن الأصل براءة ذمتها .

ولا بد أن يلحظ في هذا أنه إذا نقص الصداق في يد الزوجة بعد الطلاق لا يضمنه ؛ لأنه إذا كان مضموناً بعده كما يضمن قبله فلا فائدة في الاختلاف .

قال : (والزوج هو الذي بيده عقدة النكاح . فإذا طلق قبل الدخول فأيهما عفى لصاحبه عما وجب له من المهر وهو جائز الأمر في ماله برئ منه صاحبه . وعنه : أنه الأب . فله أن يعفو عن نصف مهر ابنته الصغيرة إذا طلقت قبل الدخول) .

أما كون الزوج هو الذي بيده عقدة النكاح في ظاهر المذهب ؛ فلما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال : «ولي العقدة : الزوج »[1] . رواه الدارقطني .

وأما كونه الأب على روايةٍ ؛ فلأن الذي بيده عقدة النكاح بعد الطلاق هو الولي .

ولأن الله تعالى خاطب الأزواج بخطاب المواجهة ثم قال : ﴿أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح﴾ [البقرة :٢٣٧] . وهذا خطاب غائب .

فعلى هذه الرواية للولي أن يعفو عن نصف مهر موليته . لكن بشروط :

أحدها : أن يكون أباً ؛ لأنه هو الذي يلي مالها ، ولا يتهم في حقها بوجه .

وثانيها : أن تكون الزوجة صغيرة ؛ لأنها هي التي يلي الأب مالها . دون الكبيرة .

وثالثها : أن تكون بكراً ؛ لأن الثيب لا يملك الأب تزويجها .

والأول أصح ؛ لما تقدم .

ولأن الله تعالى قال[2] : ﴿وأن تعفوا أقرب للتقوى﴾ [البقرة :٢٣٧] . وليس عفو الولي عن مهر موليته أقرب للتقوى .

ولأن مهر المرأة حق لها . فلا يملك الولي إسقاطه ؛ كسائر حقوقها .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٢٨) ٣: ٢٧٩ كتاب النكاح ، باب المهر .

(٢) زيادة يقتضيها السياق .

ولأن الصغير لو رجع إليه مهر زوجته أو نصفه لانفساخ النكاح برضاع أو شبهة لم يكن لوليه العفو رواية واحدة . فكذلك ولي الصغيرة .

وأما خطاب الغيبة بعد المواجهة فتابع في الكلام . ومنه قوله تعالى : ﴿حتى إذا كنتم في الفلك وجرين بهم بريح طيبة وفرحوا بها﴾ [يونس: ٢٢] ، ومنه قول النابغة :

يا دار مية بالعلياء فالسند أقوت وطـــال عليها سالف الأبد

فعلى هذه أي الزوجين أبرأ الآخر مما وجب له عليه برئ منه ؛ لأنه أبرأه من حقه الواجب له . فبرئ منه ؛ كالبراءة من دينه .

واشترط المصنف كون المبرئ جائز التصرف ؛ لأن إبراء غير جائز التصرف ؛ كالصبي والسفيه ونحو ذلك : لا يصح .

فصل [في الإبراء من الصداق]

قال المصنف رحمه الله : (إذا أبرأت المرأة زوجها من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه . وعنه : لا يرجع بشيء . وإن ارتدت قبل الدخول فهل يرجع عليها بجميعه ؟ على روايتين) .

أما كون الزوج يرجع على زوجته فيما إذا ما أبرأته من صداقها أو وهبته له ثم طلقها قبل الدخول بنصفه على المذهب ؛ فلأن الطلاق قبل الدخول يقتضي الرجوع في نصف الصداق . وقد وجد ولا أثر لكونها أبرأته أو وهبته له ؛ لأن ذلك حصل بعقد مستأنف . فلم يمنع استحقاق الرجوع في النصف ؛ كما لو وهبته لأجنبي فوهبه الأجنبي للزوج .

وأما كونه لا يرجع على روايةٍ ؛ فلأن نصف الصداق يتعجل له .

وقال المصنف في الكافي : إن كان الصداق عيناً فوهبتها لزوجها ثم طلقها قبل الدخول ففيه روايتان ، وإن كان ديناً أبرأته منه وقلنا : لا يرجع ثَمَّ فهاهنا أولى ، وإن قلنا : يرجع ثَمَّ خُرِّج هاهنا وجهان :

أحدهما : يرجع ؛ لأنه عاد إليه بغير الطلاق . أشبه العين .

والثاني : لا يرجع ؛ لأن الإبراء إسقاط وليس بتمليك .

وأما كونه يرجع عليها بجميعه إذا ارتدت بعد الإبراء والهبة ففيه روايتان إحداهما : ما تقدم .

قال : (وكلُّ فرقة جاءت من الزوج كطلاقه وخلعه وإسلامه وردته ، أو من جهة أجنبي كالرضاع ونحوه قبل الدخول : يتنصف بها المهر بينهما) .

أما كون المهر يتنصف بالطلاق ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تَمَسُّوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصفُ ما فرضتم﴾ [البقرة :٢٣٧] .

وأما كونه يتنصف ببقية ما ذكره المصنف ؛ فلأنها فرقة لا من جهتها . فاقتضت التنصيف المذكور ؛ كما لو طلقها .

قال : (**وكلُّ فرقة جاءت من قبلها ؛ كإسلامها وردّها وإرضاعها مَن ينفسخ به نكاحها ، وفسخها لعيبه أو إعساره ، وفسخه لعيبها : يسقط به مهرها ومتعتها**) .

أما كون ما ذُكر يُسقط المهر والمتعة ما خلا فسخ الزوج لعيبها ؛ فلأنها أتلفت المعوض قبل التسليم . فسقط العوض ؛ كما لو أتلفت المبيع قبل تسليمه .

وأما كون فسخ الزوج لعيبها يسقط به ذلك ؛ فلأنه بسببٍ من جهتها . وقد تقدم بيانه في موضعه[1] ، وتقدم أيضاً أنها إذا أسلمت لا يسقط مهرها على روايةٍ[2] ؛ لأنها فعلت ما وجب عليها . والانفساخ لأنه لم يوافقها على فعل الواجب .

قال : (**وفرقة اللعان تُخرّج على روايتين . وفي فرقة بيع الزوجة من الزوج وشرائها له وجهان . وفرقة الموت يستقر بها المهر كله كالدخول . ولو قتلت نفسها لاستقر مهرها كاملاً**) .

أما كون فرقة اللعان تخرج على روايتين ؛ فلأن النظر إلى كون الفسخ عقيب لعانها يقتضي أن يكون كفسخها لعيبه ، والنظر إلى أن سبب اللعان القذف الصادر من الزوج يقتضي أن يكون كفسخه .

وأما كون فرقة بيع الزوجة من الزوج وشرائها له فيها وجهان ؛ فلأن النظر إلى أن الزوجة شاركت في الفسخ يقتضي أن يكون كفسخها ، والنظر إلى أن الزوج شارك فيه يقتضي أن يكون كفسخه .

وذكر المصنف رحمه الله تعالى في المغني في شرائها له روايتين في النكاح عند قوله وفي شرائه لها وجهين مخرجين على الروايتين في شرائها له .

---

(١) ص: ٦٢٦.
(٢) ص: ٦٣٤.

وأما كون فرقة الموت يستقر بها المهر كله ؛ فلما روى معقل بن سنان « أن رسول الله ﷺ قضى في بِرْوع بنت واشق ، وكان زوجها مات ولم يدخل بها ولم يفرض لها صداقًا . فجعل لها مهر نسائها لا وَكْس ولا شطط »[1] .

ولأنه عقد ينتهي بموت أحدهما . فاستقر به العوض ؛ كانتهاء الإجارة .

وأما كونها يستقر مهرها كاملاً إذا قتلت نفسها ؛ فلأنها فرقة حصلت بالموت وانتهاء النكاح . فاستقر بها المهر ؛ كما لو ماتت حتف أنفها .

فإن قيل : إذا قتلت نفسها فقد أتلفت المعوض قبل تسليمه . فيجب أن يسقط العوض ؛ كالردة .

قيل : الردة لم ينته معها العقد فالتلف حاصل مع عدم انتهائه . فكأنها قطعته . بخلاف القتل فإنه انتهى به .

(١) سيأتي تخريجه ص: ٦٩١.

فصل [في اختلاف الزوجين في الصداق]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (إذا اختلف الزوجان في قدر الصداق فالقول قول الزوج مع يمينه. وعنه: القول قول من يدعي مهر المثل منهما. فإن ادعى أقل منه وادعت أكثر منه ردا إليه بلا يمين عند القاضي في الأحوال كلها. وعند أبي الخطاب: تجب اليمين. فإن قال: تزوجتك على هذا العبد قالت: بل على هذه الأمة خرج على الروايتين).

أما كون القول قول الزوج مع يمينه في قدر الصداق على روايةٍ؛ فلأنه منكر للزيادة ومدعى عليه. فيدخل في قوله ﷺ: « اليمين على المدعَى عليه »[1].

وأما كون القول قول من يدعي مهر المثل منهما على روايةٍ؛ فلأن الظاهر صدق من يدعيه. فكان القول قوله. قياساً على المنكر في سائر الدعاوي وعلى المودع إذا ادعى التلف أو الرد.

فإن قيل: لم لا يتحالفان كالبيع؟

قيل: لأنه عقد لا ينفسخ بالتحالف. فلم يشرع فيه؛ كالعفو عن دم العمد.

ولأن القول بالتحالف يفضي إلى إيجاب أكثر مما يدعيه أو أقل مما يقر لها به؛ لأنه إذا شُرع التحالف والعقد غير قابل للفسخ يجب مهر المثل. فلو كان مائة وادعت ثمانين فقال: بل هو خمسون وقيل بالتحالف والرجوع إلى مهر المثل وجب لها عشرون يتفقان على أنها غير واجبة. ولو ادعت مائتين فقال: بل هو مائة وخمسون سقط خمسون يتفقان على وجوبها.

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٧٧) ٤: ١٦٥٦ كتاب التفسير، باب {إن الذين يشترون بعهد الله...}.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١١) ٣: ١٣٣٦ كتاب الأقضية، باب اليمين على المدعى عليه.

وأما كونهما يُردّان إلى مهر المثل إذا ادعى الزوج أقل منه وادعت الزوجة أكثر منه ؛ فلأن ذلك فائدة قبول قول من يدعيه .

وأما كون ذلك بلا يمين عند القاضي ؛ فلأنها دعوى في نكاح . أشبهت الدعوى في أصل النكاح .

وأما كون اليمين تجب عند أبي الخطاب ؛ فلأنه اختلاف فيما يجوز بدله فوجب أن تجب فيه اليمين ؛ كالدعاوي في سائر الأموال .

فإن قيل : ما معنى قول المصنف رحمه الله : في الأحوال كلها ؟

قيل : الدعوى توافق تارة قول المرأة ، وتارة قول الزوج ، وتارة تدعي المرأة أكثر والرجل أقل وغير ذلك من صور الاختلاف .

وقد صرح المصنف بنفي اليمين هنا عند القاضي وإثباتها عند أبي الخطاب .

وقال في المغني : إذا ادعى أقل من مهر المثل وادعت أكثر منه رد إلى مهر المثل . ولم يذكر أصحابنا يميناً ، والأولى أن يتحالفا . فإن ما يقوله كل واحدٍ منهما محتمل للصحة . فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه ؛ كالمنكر في سائر الدعاوي .

ولأنهما تساويا في عدم الظهور . فشرع التحالف ؛ كما لو اختلف المتبايعان .

وفيما قاله في المغني نظر من وجهين أحدهما[1] أنه قال : ولم يذكر أصحابنا يميناً مع أنه قد صرح هنا بقول القاضي نفياً وأبي الخطاب إثباتاً .

وثانيهما : أنه قال : فشرع التحالف ، ومفهومه أن كل واحدٍ منهما تجب عليه اليمين نفياً وإثباتاً فيقول هو : ما أصدقتها كذا ولقد أصدقتها كذا . وتقول هي : ما أصدقني كذا وإنما أصدقني كذا ، ويحققه قياس ذلك على المتبايعين ، ويمكن الجواب عن الثاني بأن المعوض حلف الزوج أنه ما أصدقها الذي ادعته وحلفت الزوجة أنه ما أصدقها الذي ادعاه .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق .

وأما كون الزوج إذا قال : تزوجتك على هذا العبد فقالت : بل على هذه الأمة تخرج على روايتي القول قول الزوج أو قول من يدعي مهر المثل ؛ فلأنه اختلاف في مهر . أشبه ما تقدم .

فعلى هذا إذا قيل : القول قول من يدعي مهر المثل فوافق قيمة الأمة مثلاً مهر المثل هل تجب لها عينها أو قيمتها فيه وجهان :

أحدهما : تجب عين الأمة ؛ لأنه قبل قولها في القدر فكذلك في العين .

والثاني : تجب لها قيمتها ؛ لأن قولها إنما وافق الظاهر في القدر لا في العين .

قال : (وإن اختلفا في قبض المهر فالقول قولها . وإن اختلفا فيما يستقر به المهر فالقول قوله) .

أما كون القول قول المرأة في قبض المهر ؛ فلأنها منكرة لشيء الأصل عدم وجوده .

ولأنها تنكر قبض حقها . فكان القول قولها ؛ كما لو أنكرت قبض دين لها عليه .

وأما كون القول قول الزوج فيما يستقر به المهر ؛ فلأن الأصل عدمه . والمراد بما يستقر به المهر : المسيس والخلوة والوطء ونحو ذلك .

قال : (وإن تزوجها على صداقين سرٍّ وعلانية : أُخذ بالعلانية ، وإن كان قد انعقد بالسر . ذكره الخرقي . وقال القاضي : إن تصادقا على السر لم يكن لها غيره . وإن قال : هو عقد واحد أسررته ثم أظهرته وقالت : بل هو عقدان فالقول قولها مع يمينها) .

أما كون الزوج يؤخذ بالعلانية إذا تزوجها على صداقين سر وعلانية وإن كان قد انعقد بالسر على ما ذكره الخرقي وهو ظاهر كلام الإمام أحمد في روايةِ الأثرم ؛ فلأنه وجد منه بذل الزائد على مهر السر . فوجب ذلك عليه ؛ كما لو زادها على صداقها .

وأما كونه يلزم السر إن تصادقا عليه على قول القاضي ؛ فلأنه هو الذي يثبت به النكاح .

ولأن العلانية ليست بعقد ولا تتعلق بشيء . فلم يجب به مهر .

وقول القاضي أظهر ؛ لأن المهر من توابع العقد ، وما ذكر من أنه بذل الزائد فيه نظر من حيث إنه لم يقصد حقيقة البذل ، وإنما وقع لعارض .

فإن قيل : العلانية مع السر تارة تكون أكثر مع تأخره ، وتارة تكون أكثر مع تقدمه ، وتارة تكون أقل مع تأخره ، وتارة تكون أقل مع تقدمه . وقد ذكر الأول فما حكم ما عداه ؟

قيل : إذا كان أكثر مع تقدمه لزم الزوج مهر العلانية ؛ لأنه الذي انعقد به النكاح ووقوع السر بعده لا يسقط العلانية فوجب الحكم به ، وإذا كان أقل مع تأخره لزمه مهر السر ؛ لأنه وجب عليه بعقده ولم تسقطه العلانية فوجب الحكم ببقاء وجوبه . وإذا كان أقل مع تقدمه لم أعلم فيه نقلاً . لكن ينبغي أن يكون حكمه حكم الحالة الأولة ؛ لأن دليل الوجهين متجه فيها .

وأما كون القول قول المرأة مع يمينها إذا قال الزوج : هو عقد واحد أسررته ثم أظهرته . فقالت المرأة : بل هو عقدان ؛ فلأن الظاهر أن الثاني عقد صحيح يفيد حكماً كالأول . فوجبا عليه لاعترافه بتعدده صُورة ، وظهور كون الثاني غير الأول .

فصل في المفوضة

يقال : المفوّضة بكسر الواو وفتحها . فالكسر على أن الفعل مضاف إليها على أنها فاعلة ؛ مثل : مُقَوِّمة ، والفتح على أنه مضاف إلى وليها .

ومعنى التفويض لغة : الإهمال . ومنه قول الشاعر :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ... ولا سراة إذا جُهّالهم سادوا

يعني مهملين . فكأن المرأة أهملت أمر المهر حيث لم يسمه .

قال المصنف رحمه الله تعالى : (**والتفويض على ضربين : تفويض البضع . وهو : أن يزوج الأب ابنته البكر ، أو تأذن المرأة لوليها في تزويجها بغير مهر . وتفويض المهر . وهو : أن يتزوجها على ما شاءت أو شاء ، أو شاء أجنبي ونحو ذلك : فالنكاح صحيح ، ويجب مهر المثل بالعقد**) .

أما قول المصنف رحمه الله تعالى : والتفويض على ضربين فبيان لمعنى التفويض شرعاً . وقد تقدم وجه اشتقاقه لغة وتعداد تصريفه ، وأنه يكون تارة تفويض البضع ، وتارة تفويض المهر .

وأما كون النكاح صحيحاً مع ذلك ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿لا جُناح عليكم إن طلقتمُ النساء ما لم تَمَسُّوهن أو تَفرضوا لهن فريضة﴾ [البقرة :٢٣٦] .

وروي عن ابن مسعود «أنه سئل عن رجلٍ تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ولم يدخل بها حتى مات . فقال ابن مسعود : لها صداق نسائها لا وَكْس ولا شَطط ، وعليها العدة ، ولها الميراث . فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال : قضى رسول الله ﷺ في بِرْوع بنت واشق امرأة منا مثل ما قضيت»[١] أخرجه أبو داود والترمذي . وقال : حديث حسن صحيح .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢١١٦) ٢: ٢٣٧ كتاب النكاح ، باب فيمن تزوج ولم يسم صداقاً حتى مات . ⇦

ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق . فصح من غير ذكره ؛ كالنفقة .

وأما كون مهر المثل يجب ؛ فلما تقدم من حديث ابن مسعود رضي الله عنه .

وأما كونه يجب بالعقد ؛ فلأنها تملك المطالبة . فكان واجباً بالعقد ؛ كالمسمى .

ولأنه لو لم يجب بالعقد ما استقر بالموت ؛ كما في العقد الفاسد .

ولأن النكاح لا يخلو عن المهر . والقول بعدم وجوبه بالعقد يفضي إلى خلوه منه . مع أنه يقع صحيحاً .

قال : (ولها المطالبة بفرضه . فإن فرضه الحاكم لم يجز إلا بمقداره . وإن تراضيا على فرضه جاز ما اتفقا عليه من قليل وكثير) .

أما كون المفوضة لها المطالبة بفرض المهر ؛ فلأن عقد النكاح يقتضي استحقاق المعوض . فكان لها المطالبة بتبيان قدره .

وأما كونه لا يجوز فرضه إلا بقدره إذا فرضه الحاكم ؛ فلأن الزيادة ميل عليه والنقصان ميل عليها والعدل تجنب[1] الميل .

ولأنه إنما يفرض بدل البضع . فوجب أن يتقدر به ؛ كالسلعة إذا تلفت .

وأما كونه يجوز ما اتفقا عليه من قليل وكثير ؛ فلأن الحق لهما لا يعدوهما .

ولأنه إذا فرض لها كثيراً فقد بذل لها من ماله فوق ما يلزمه ، وإن رضيت باليسير فقد رضيت بدون ما يجب لها .

قال : (وإن مات أحدهما قبل الإصابة ورثه صاحبه ، ولها مهر نسائها . وعنه : يتنصف بالموت ؛ إلا أن يكون قد فرضه لها) .

أما كون من مات من الزوجين قبل الإصابة يرثه صاحبه ؛ فلأن في حديث ابن مسعود المتقدم ذكره : « ولها الميراث »[1] .

⇦

وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٤٥) ٣: ٤٥٠ كتاب النكاح ، باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يفرض لها .

(١) زيادة يقتضيها السياق .

وأما كون المرأة لها مهر نسائها على المذهب ؛ فلأن في حديث ابن مسعود المذكور : « لها مهرُ نسائها لا وَكْسَ ولا شَطَط »[2] .

وأما كونه يتنصف بالموت على روايةٍ إلا أن يكون قد فرضه الحاكم ؛ فلأن الموت فرقة وردت على تفويض صحيح قبل فرض ومسيس . فلم يجب لها مهر المثل ؛ كفرقة الطلاق .

وأما كونه لا يتنصف إذا كان الحاكم قد فرضه ؛ فلأن الفرض يجعله كالتسمية ، ولو سمي ثم مات لوجب كله . فكذا إذا فرضه .

والأول أصح ؛ لحديث ابن مسعود .

ولأن الموت معنى يكمل به المسمى . فكمل به مهر المثل للمفوضة ؛ كالدخول .

وقياس الموت على الطلاق غير صحيح ؛ لأن الموت يتم به النكاح فيكمل به الصداق ، والطلاق يقطعه ويزيله قبل إتمامه ، ولذلك وجبت العدة بالموت قبل الدخول و لم تجب بالطلاق قبل[3] الدخول .

قال : (وإن طلقها قبل الدخول لم يكن لها عليه إلا المتعة على الموسع قدره ، وعلى المُقْتر قدره . فأعلاها خادم ، وأدناها كسوة تجزئها في صلاتها . وعنه : يرجع في تقديرها إلى الحاكم . وعنه : يجب لها نصف مهر المثل) .

أما كون المفوضة لا يكون لها على الزوج إلا المتعة إذا طلقها قبل الدخول بها على المذهب ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن﴾ [البقرة :٢٣٦] . أمر بالمتعة لا بغيرها ، والأمر للوجوب ، والأصل براءة ذمته من غيرها .

---

(١) سبق تخريج حديث ابن مسعود ص: ٦٩١.

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٩١.

(٣) زيادة يقتضيها السياق .

وقال تعالى : ﴿وللمطلقات متاعٌ بالمعروف حقًا على المتقين﴾ [البقرة :٢٤١] ، وقال تعالى : ﴿إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدةٍ تَعْتَدُّونها فمتعوهن﴾ [الأحزاب :٤٩] .

وأما كونها يجب لها نصف مهر المثل على روايةٍ ؛ فلأنه نكاح صحيح يوجب مهر المثل بعد الدخول . فيوجب نصفه بالطلاق قبله ؛ كما لو سمى محرما .

والأول أصح ؛ لما تقدم .

ولأن الله تعالى قسّم المطلقات قسمين أوجب المتعة لمن لم يسم لها إذا طلقت قبل الدخول ، ونصف المسمى لمن سمي لها . وذلك يدل على اختصاص كل قسم بحكمه . بيان قسمته قوله تعالى : ﴿لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسِع قدره وعلى المُقْتِر قَدَرُه متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ۞ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصفُ ما فرضتم﴾ [البقرة :٢٣٦-٢٣٧] .

فعلى هذه المتعة على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ؛ كقوله تعالى : ﴿ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره﴾ [البقرة :٢٣٦] . وأعلاها خادم وأدناها كسوة ؛ لأن ابن عباس قال : « أعلا المتعة خادم ثم دون ذلك النفقة ثم دون ذلك الكسوة » .

وقُيِّدت الكسوة بما تجزئها في صلاتها ؛ لأن ذلك أقلَّ الكسوة .

وعن الإمام أحمد : يرجع في تقديرها إلى الحاكم ؛ لأنه أمرٌ لم يرد الشرع بتقديره . وهو يحتاج إلى الاجتهاد . فيجب الرجوع فيه إلى الحاكم ؛ كسائر المجتهدات .

قال : (وإن دخل بها استقر مهر المثل . وإن طلقها بعد ذلك فهل تجب المتعة ؟ على روايتين . أصحهما : لا تجب) .

أما كون مهر المثل يجب إذا دخل بالمفوضة ؛ فلأن الدخول يوجب استقرار المسمى . فكذا مهر المثل ؛ لاشتراكهما في المعنى الموجب للاستقرار .

وأما كون المتعة لا تجب إذا طلقها بعد ذلك على روايةٍ ؛ فلأنه وجب لها مهر المثل . فلم تجب لها المتعة ؛ لأن المتعة كالبدل مع مهر المثل .

وأما كونها تجب على روايةٍ ؛ فلما تقدم من قوله : ﴿وللمطلقات متاعٌ بالمعروف حقًا على المتقين﴾ [البقرة : ٢٤١] .

والأول أصح ؛ لأنه قد تقدم أن الله تعالى قسّم المطلقات قسمين ، وأوجب المتعة لغير المفروض لهن ، ونصف المسمى للمفروض لهن . وذلك يدل على اختصاص كل قسم بحكمه .

فصل [في مهر المثل]

قال المصنف رحمه الله تعالى : (**ومهر المثل معتبر بمن يساويها من نساء عصباتها ؛ كأختها وعمتها وبنت أخيها وعمها . وعنه : يعتبر جميع أقاربها ؛ كأمها وخالتها**) .

أما كون مهر المثل معتبراً بمن يساويها من نساء عصباتها ؛ كما مثل المصنف رحمه الله تعالى على المذهب ؛ فلأنه قد روي في قصة بِرْوع « أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق بمثل مهر نساء قومها »[1] .

ولأن شرف المرأة معتبر في مهرها ، وشرفها بعصباتها ؛ لأنهم نساؤها.

وأما كونه يعتبر جميع أقاربها كأمها وخالتها على روايةٍ ؛ فلأن مطلق القرابة له أثر في الجملة .

ولأن أمها وخالتها يشملهم قول ابن مسعود : « لها مهرُ نسائها »[2] .

والأول أولى ؛ لما تقدم .

ولأن الأم قد تكون مولاة ، وبنتها شريفة ، وبالعكس . وقول ابن مسعود مطلق فيقيد بقوله عليه السلام : « بمثل مهر نساء قومها »[3] .

(١) سبق تخريجه ص: ٦٩١.
(٢) مثل السابق.
(٣) مثل السابق.

قال : (وتعتبر المساواة في المال والجمال والعقل والأدب والسن والبكارة والثيوبة والبلد . فإن لم يكن من نسائها إلا دونها زيدت بقدر فضيلتها . وإن لم يوجد إلا فوقها نقصت بقدر نقصها . وإن كان عادتهم التخفيف على عشيرتهم دون غيرهم اعتبر ذلك . وإن كان عادتهم التأجيل فُرض مؤجلاً في أحد الوجهين . وإن لم يكن لها أقارب اعتبر بنساء بلدها ثم بأقرب النساء شبها بها) .

أما كون المساواة تعتبر بما ذكر ؛ فلأن مهر المثل بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه . وكل صفة مما ذكر مقصودة . فوجب اعتبارها .

وأما كون المفوضة إذا لم يكن من نسائها إلا دونها [زيدت بقدر فضيلتها ؛ فلأن زيادة فضيلتها تقتضي زيادة في المهر][1] . فوجب أن يترتب عليها الزيادة بحسبها .

وأما كونها إذا لم يوجد من نسائها إلا فوقها تنقص بقدر نقصها ؛ فلأن النقص له أثر في تنقيص المهر . فوجب أن يترتب عليه النقص بحسبه .

وأما كون التخفيف المذكور يعتبر ؛ فلأن العادة لها أثر في المقدار . فكذا في التخفيف على العشيرة .

فإن قيل : مهر المثل بدل متلف . فوجب أن يختلف باختلاف المتلف ؛ كسائر المتلفات .

قيل : النكاح يخالف سائر المتلفات من حيث إن المقصود بها المالية خاصة . فلم تختلف باختلاف المتلف . والنكاح المقصود به أعيان الزوجين فاختلف باختلافهما .

ولأن سائر المتلفات لا تختلف باختلاف الفوائد والمهر يختلف باختلاف الفوائد .

وأما كون المهر يفرض مؤجلاً إذا كانت عادتهم التأجيل في وجهٍ ؛ فلأن مهر مثلها مؤجل .

وأما كونه يفرض حالاً في وجهٍ ؛ فلأنه بدل مثله . فوجب أن يكون حالاً ؛ كقِيَم سائر المتلفات .

---

(١) زيادة من الشرح الكبير ٨: ٩٥.

وأما كون بنساء بلدها يعتبر إذا لم يكن لها أقارب ؛ فلأن شبهها بهن أقرب من نساء سائر البلاد . فوجب اعتباره ؛ لأن له أثراً في الجملة .

وأما كون أقرب النساء شبهاً بها يعتبر بعد ذلك ؛ فلأن القرب المذكور له أثر . فوجب اعتباره عملاً بذلك الأثر .

فصل [في المهر في النكاح الفاسد]

قال المصنف رحمه الله تعالى : (**وأما النكاح الفاسد فإذا افترقا قبل الدخول بطلاق أو غيره : فلا مهر فيه . وإن دخل بها استقر عليه المسمى . وعنه : يجب مهر**[1] **المثل . وهي أصح . فلا يستقر بالخلوة . وقال أصحابنا : يستقر**) .

أما كون النكاح الفاسد لا مهر فيه إذا افترق الزوجان قبل الدخول بطلاق أو غيره ؛ فلأن المهر استدعى عقداً صحيحاً أو وطءاً ، ولم يوجد واحد منهما .

وأما كون المسمى يستقر على الزوج إذا دخل بالزوجة في النكاح الفاسد على المذهب ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « أيما امرأةٍ نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل . فإن دخل بها فلها المهرُ بما استحل من فرجها »[2] . والألف واللام للعهد ، والمعهود المسمى .

ولأن المهر يجب في مقابلة الوطء ، وقد وجد .

وأما كون مهر المثل يجب على روايةٍ وهي أصح ؛ فلأن العقد الفاسد وجوده كعدمه . أشبه ما لو وطئها لا في عقد . وقوله ﷺ : « فلها المهر » لا يستلزم المسمى ؛ لاحتمال إرادة مهر المثل .

وأما كون المهر لا يستقر بالخلوة عند المصنف ؛ فلأن المهر في النكاح الفاسد إنما يوجبه الوطء لا العقد . بدليل أنه لا يتنصف بالطلاق .

ولأن الخلوة هنا لا في نكاح صحيح . أشبه الخلوة بالأجنبية .

وأما كونه يستقر على قول أصحابنا ؛ فلأن الابتذال بالخلوة فيه كالابتذال بذلك في النكاح الصحيح . فوجب أن يستقر به ؛ كالصحيح .

---

(١) زيادة من المقنع .

(٢) سبق تخريجه ص: ٦٧٦.

قال : (ويجب مهر المثل للموطوءة بشبهة والمكرهة على الزنا ، ولا يجب معه أرش البكارة . ويحتمل أن يجب للمكرهة) .

أما كون المهر يجب للموطوءة بشبهةٍ والمكرهة على الزنا ؛ فلأن الواطئ مستحل لفرج كل واحدٍ منهما . فيجب لها المهر عليه ؛ لقوله عليه السلام : « فلها المهرُ بما استحلَّ من فرجها »[1] .

فإن قيل : ما معنى قوله عليه السلام : « بما استحَلَّ من فَرجها » ؟

قيل : الاستحلال الفعل في غير موضع الحِلّ . ومنه قوله عليه السلام : « ما آمنَ بالقرآنِ من استحلَّ محارمُه »[2] .

ولأن المَوجب للمهر في النكاح الفاسد الوطء ، وقد وجد هنا .

وفي قول المصنف رحمه الله : والمكرهة تنبيه على أن المطاوعة لا مهر لها . وصرح به في الكافي ؛ لأنها باذلة لما يوجب البدل لها[3] . فلم يجب لها شيء ؛ كما لو أذنت في قطع يدها .

فإن قيل : المطاوعة إذا كانت أمة كالحرة ؟.

قيل : لا ؛ لأن المهر للسيد لا لها . فلم يسقط بذلها ؛ كما لو أذنت في قطع يدها .

وأما كونه لا يجب مع المهر في الصورتين المذكورتين أرش البكارة ؛ فلأنه وطء ضُمِن بالمهر . فلم يجب معه أرش ؛ كالوطء في النكاح الصحيح .

وأما كونه يحتمل أن يجب للمكرهة مع المهر الأرش المتقدم ذكره ؛ فلأنه إتلاف جزء . فوجب عوضه ؛ كما لو جرحها ثم وطئها .

والأول أولى ؛ لما ذكر .

ولأن المهر بدل المنفعة المستوفاة بالوطء ، وبدل المتلف لا يختلف بكونه في عقد فاسد وكونه تمحض عدواناً .

---

(١) سبق تخريجه ص: ٦٧٦.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٩١٨) ٥: ١٨٠ كتاب فضائل القرآن .

(٣) زيادة من الكافي ٣: ٧٧.

ولأن الأرش يدخل في المهر لكون الواجب لها مهر المثل ، ومهر البكر يزيد على مهر الثيب ببكارتها . فكانت الزيادة في المهر مقابلة لما أتلف من البكارة فلا يجب عوضها مرة ثانية .

قال : (وإذا دفع أجنبية فأذهب عذرتها فعليه أرش بكارتها . وقال القاضي : يجب مهر المثل . وإن فعل ذلك الزوج ثم طلق قبل الدخول لم يكن عليه إلا نصف المسمى) .

أما كون من دفع أجنبية فأذهب بكارتها عليه أرش بكارتها على قول غير القاضي ؛ فلأنه أتلف البكارة . فلزمه أرشها ؛ كما لو أتلف منها جزءاً لم يرد الشرع فيه بتقدير .

وأما كون مهر المثل يجب على قول القاضي ؛ فلما روي « أن رجلاً كانت عنده يتيمة . فخافت امرأته أن يتزوج بها . فاستعانت بنسوة ضبطنها لها فأفسدت عذرتها وقالت لزوجها : فَجَرَت . فأخبر علياً رضي الله عنه بذلك . فأرسل إلى امرأته والنسوة . فلما أتينه لم يلبثن أن اعترفن بما صنعن . فقال للحسن بن علي : اقض فيها . فقال : الحد على من قذفها ، والمهر عليها وعلى الممسكات »(1) .

ولأنه إتلاف يُستحق به مهر المثل في العقد . فإذا أتلفه أجنبي وجب مهر المثل ؛ كمنفعة البضع .

ونسب المصنف في المغني قول القاضي إلى الإمام أحمد فقال فيه : قال أحمد : لها صداق نسائها . وكلامه فيه مشعر بترجيحه .

وأما كون الزوج إذا فعل ذلك ثم طلق قبل الدخول لا يكون عليه إلا نصف المسمى ؛ فلأنها مطلقة قبل الدخول . فلم يستحق أكثر من نصف المسمى ؛ كسائر المطلقات قبل الدخول .

ولأنه أتلف ما استحق إتلافه بالعقد . فلم يضمنه ؛ كما لو أتلف عذرة أمته .

وقال في المغني : يتخرج أن يجب الصداق كاملاً ؛ لأن أحمد رضي الله عنه قال : إن فعل ذلك أجنبي عليه الصداق . ففيما يفعله الزوج أولى .

(1) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (١٧٤٦٣) ٤: ٣٠ كتاب النكاح ، ما قالوا في المرأة تفسد المرأة بيدها ما عليها في ذلك ؟

وتقريره : أن ما يجب الصداق به ابتداء أحق بتقديره .

ويتخرج من كلام أحمد وجوب أرش البكارة مع نصف المسمى إن قيل الواجب على الأجنبي أرشها لا مهر المثل ؛ لأنه قاسه على الأجنبي فينبغي أن يعطى حكمه من حيث الإتلاف ويعاد عليه بنصف المسمى لكونه مُطَلِّقاً قبل الدخول .

قال : (وللمرأة منع نفسها حتى تقبض مهرها . فإن تبرعت بتسليم نفسها ثم أرادت المنع فهل لها ذلك ؟ على وجهين) .

أما كون المرأة لها منع نفسها حتى تقبض مهرها ؛ فلأن في إجبارها على تسليم نفسها أولاً خطر إتلاف البضع والامتناع من بذل الصداق . فلا يمكن الرجوع في البضع . وبه يظهر الفرق بين النكاح وبين البيع ؛ لأن البائع إذا سلم المبيع أولاً فبتقدير تعذر الثمن يمكنه فسخ البيع والرجوع في عين المبيع .

ويشترط في المنع المذكور : أن يكون الصداق حالاً فإن كان مؤجلاً لم يملك المنع ؛ لأن رضاها بتأجيله رضًى منها بتسليم نفسها قبل قبضه . دليله تأجيل الثمن .

ولا فرق بين حلوله بعد تأجيله وبين عدم حلوله . صرح به في المغني ؛ لأن التسليم قد وجب عليها فاستقر قبل قبضه . فلم يكن لها أن تمتنع منه .

وأما كونها إذا تبرعت بتسليم نفسها ثم أرادت المنع لها ذلك على وجهٍ وهو لابن حامد ؛ فلأنه تسليم يوجبه عليها العقد . فكان لها أن تمتنع منه قبل قبض صداقها ؛ كما لو لم تتبرع بتسليم نفسها .

وأما كونها ليس لها ذلك على وجهٍ وهو لابن بطة وابن شاقلا ؛ فلأن التسليم استقر به العوض برضى المُسَلِّم . فلم يكن لها أن تمتنع منه بعد ذلك ؛ كما لو سلم البائع المبيع .

وفي هذا تنبيه على الفرق بين المتبرع بالتسليم وعدمه . وهو قادح في صحة القياس المذكور قبل .

وفي قول المصنف رحمه الله تعالى : تبرعت بتسليم نفسها : إشعارٌ بأنها لو أكرهت على التسليم كان لها الامتناع بعد ذلك . وصرح به الشيخ في المغني . وقاسه على المبيع المكره بائعه على تسليمه .

قال : (وإن أعسر بالمهر قبل الدخول فلها الفسخ . وإن أعسر بعده فعلى وجهين . ولا يجوز الفسخ[1] إلا بحكم حاكم) .

أما كون المرأة لها الفسخ بإعسار الزوج بالمهر قبل الدخول ؛ فلأنه تعذر وصولها إلى عوض العقد قبل تسليم المعوض . فكان لها الفسخ ؛ كما لو أعسر المشتري بالثمن قبل تسليم المبيع .

وأما كونها إذا أعسر بعده ففيه وجهان ؛ فلأن ما تقدم من الخلاف في أنها هل لها منع نفسها بعد تسليمها حتى تقبض مهرها ؟ يقتضي ذلك : فإن قيل : لها منع نفسها كان لها هنا الفسخ ؛ لأنه حينئذ في معنى الفسخ قبل الدخول . وإن قيل : ليس لها المنع لم يكن لها هنا الفسخ ؛ كما لو أفلس بدين آخر لها .

وأما كون الفسخ لا يجوز إلا بحكم حاكمٍ ؛ فلأنه فسخ مجتهد فيه . أشبه الفسخ للاعسار بالنفقة ونحوه .

(١) زيادة من المقنع .

باب الوليمة

قال المصنف رحمه الله تعالى : **(وهي : اسم لدعوة العرس خاصة . وهي مستحبة)** .

أما قول المصنف رحمه الله تعالى : وهي اسم لدعوة العرس خاصة : فبيانٌ لمعنى الوليمة لغة .

قال ثعلب وغيره من أهل اللغة : الوليمة اسم للطعام في العرس خاصة . لا تقع على غيره .

وقال بعض الفقهاء من أصحابنا وغيرهم : الوليمة تقع على كل طعام لسرورٍ حادث ؛ إلا أن استعمالها في العرس أكثر .

قال المصنف في المغني : وقول أهل اللغة أقوى ؛ لأنهم أهل اللسان وهم أعرف بموضوعات اللغة .

فإن قيل : أسماء بقية الدعوات ما هي ؟

قيل : دعوة الختان تسمى العذيرة والأعذار ، ودعوة الولادة تسمى الخرس والخرسة ، ودعوة البناء تسمى الوكِيرة ، ودعوة القدوم من الغيبة تسمى النقيعة . قال الشاعر :

كل الطعام تشتهى ربيعة ... الخرس والأعذار والنقيعة

ودعوة الصبي إذا حذق تسمى الحذاق . ويعم الكل المأدبة ؛ لأنها اسم لكل دعوة لها سبب أو لا سبب لها . وصاحبها يسمى الآدب . قال الشاعر :

نحن في المشتاة ندعو الجفلى ... لا ترى الآدب فينا ينتقر

الجفلى : الدعوة العامة . والنقرى : الدعوة الخاصة .

وأما كون الوليمة مستحبة ؛ فلأن النبي ﷺ أمر بها عبدالرحمن بن عوف فقال : « أوْلم ولو بشاة »[1] .

ولأنه عليه السلام فعلها . قال أنس : «ما أولَمَ رسول الله ﷺ على امرأة من نسائه ما أولَمَ على زينب . جعل يبعثني فأدعو له الناس . فأطعَمَهم خبزًا ولحمًا حتى شبعوا»[2] .

فإن قيل : قوله : « أولم » : أمر ، والأمر للوجوب . فيجب أن تكون واجبة .

ولأن الإجابة إليها واجبة . فيجب أن تكون واجبة ؟

قيل : أما الأمر فيجوز أن يراد به الاستحباب . وقد قام دليلٌ على إرادته لأنه أمر في حديث عبدالرحمن بشاة . ولو كان الأمر للوجوب لوجبت الشاة . وذلك منتفٍ لوجهين :

أحدهما : الإجماع .

وثانيهما : « أن النبي ﷺ أولم على صفية بحَيْس »[3] متفق عليه .

و « أولم على بعض نسائهِ بمدَّين من شَعير »[4] رواه البخاري .

ولأن دعوة العرس طعام لسرور . فلم تكن واجبة ؛ كسائر الأطعمة .

ووجوب الإجابة لا يستلزم وجوب الفعل . دليله السلام فإنه ليس بواجب وإجابته واجبة .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٣٧٢٢) ٣: ١٤٣٢ كتاب فضائل الصحابة ، باب كيف آخى النبي ﷺ بين أصحابه .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٧) ٢: ١٠٤٢ كتاب النكاح ، باب الصداق .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٧٧) ٥: ١٩٨٣ كتاب النكاح ، باب من أولم على بعض نسائه أكثر من بعض .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٨) ٢: ١٠٤٨ كتاب النكاح ، باب زواج زينب بنت جحش .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٧٤) ٥: ١٩٨٣ كتاب النكاح ، باب الوليمة ولو بشاة .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٣٦٥) ٢: ١٠٤٧ كتاب النكاح ، باب فضيلة إعتاقه أمة ثم يتزوجها.

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٧٧) ٥: ١٩٨٣ كتاب النكاح ، باب الوليمة ولو بشاة .

قال : (والإجابة إليها واجبة إذا عيّنه الداعي المسلم في اليوم الأول . فإن دعاه الجفلى ؛ كقوله : يا أيها الناس! تعالوا إلى الطعام ، أو دعاه فيما بعد اليوم الأول ، أو دعاه ذمّي : لم تجب الإجابة) .

أما كون الإجابة إلى وليمة العرس واجبة في الجملة ؛ فلأن ابن عمر روى أن النبي ﷺ قال : « إذا دُعيَ أحدكم إلى وليمةٍ فليأتها »[1] . وفي لفظ : «أجيبوا هذه الدعوة إذا دُعيتم إليها»[2] .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه : «شرُ الطعام طعامُ الوليمة يُدعى إليها الأغنياء ويُترك الفقراء . ومن لم يجب فقد عصَى الله ورسوله »[3] .

[قال : (وسائر الدعوات والإجابة إليها مستحبة غير واجبة . وإذا حضر وهو صائم صوماً واجباً لم يفطر ، وإن كان نفلاً أو كان مفطراً استحب الأكل . وإن أحب دعا وانصرف) .

أما كون سائر الدعوات والإجابة إليها غير واجبة ؛ فلما روي عن عثمان بن أبي العاص : « أنه دعي إلى ختان فأبى أن يجيب . وقال : إنا كنا لا نأتي الختان على عهد رسول الله ﷺ »[4]. رواه الإمام أحمد .

وما كونها تستحب فلقوله عليه السلام : « إذا دعي أحدكم فليجب عُرسا كان أو غير عرس »[5] . رواه أبو داود .

ولأن فيه جبر قلب الداعي وتطييبه .

وأما كونه إذا حضر وهو صائم صوماً واجباً لا يفطر ؛ فلأن][6] الأكل غير واجب لما يأتي . فلا يترك واجباً لأجل مستحب .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٧٨) ٥: ١٩٨٤ كتاب النكاح ، باب حق إجابة الوليمة والدعوة...
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٩) ٢: ١٠٥٢ كتاب النكاح ، باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٨٤) ٥: ١٩٨٥ كتاب النكاح، باب إجابة الداعي في العرس ونحوه.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٢٩) ٢: ١٠٥٣ ، الموضع السابق.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣٢) ٢: ١٠٥٤ ، الموضع السابق.

(٤) أخرجه أحمد في مسنده (١٧٩٣٨) ٤: ٢١٧.

(٥) أخرجه أبو داود في سننه (٣٧٣٨) ٣: ٣٣٩ كتاب الأطعمة ، باب : ما جاء في إجابة الدعوة .

(٦) ساقط من أ. وقد تم استدراك المتن من المقنع . والباقي من الكافي ٣: ٨٠-٨١.

وأما كونه يستحب له الأكل إذا كان صائماً نفلاً ؛ فلأن فيه إجابةً لأخيه المسلم ، وإدخالَ السرور على قلبه .

وقد روي « أن النبي ﷺ كان في دعوة ومعه جماعة . فاعتزل رجل من القوم ناحية . فقال : إني صائم . فقال النبي ﷺ : دعاكم أخوكم وتكلّف لكم . كُلْ . ثم صم يومًا مكانه إن شئت »[1] .

وأما كونه إن أحب دعا وانصرف ؛ فلأنه داخل في قوله عليه السلام : « فإن كان صائماً فليدْعُ »[2] .

ولأن الأكل غير واجب لما يأتي . فلم يجب أن يترك صومه وإن كان نفلاً .

فعلى هذا يستحب له أن يُعلم صاحب الدعوة بأنه صائم ليعلم عذره وتزول عنه التهمة في ترك الأكل .

وعن عبدالله : « إذا عُرِضَ على أحدكم الطعامَ وهو صائم فليقل : إني صائم »[3] .

وعن عثمان بن عفان : « أنه أجاب عبد المغيرة وهو صائم . فقال : إني صائم ولكني أحببت أن أجيب الداعي فأدعو له بالبركة » . رواه أبو حفص .

وأما كونه استحب له الأكل إذا كان مفطراً ؛ فلما تقدم في الصائم نفلاً .

ولأنه إذا استحب للصائم أن يفطر من أجل الأكل ؛ فلأن يستحب للمفطر الأكل بطريق الأولى .

وإنما لم يَجب الأكل ؛ لأن النبي ﷺ قال : « إذا دُعي أحدكم فليُجِب . فإن شاءَ أكلَ وإن شاءَ ترك»[4] . حديث صحيح .

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٤: ٢٦٢ كتاب الصيام ، باب التخيير في القضاء إن كان صومه تطوعًا . بمعناه .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٣٧٣٧) ٣: ٣٤٠ كتاب الأطعمة ، باب ما جاء في إجابة الدعوة .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه (٩٤٤٢) ٢: ٣١٨ كتاب الصيام، من كان يقول: إذا دعي أحدكم إلى الطعام فليجب.

وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (٧٤٨٣) ٤: ٢٠٠ كتاب الصيام ، باب الرجل يدعى إلى طعام وهو صائم.

(٤) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣٠) ٢: ١٠٥٤ كتاب النكاح ، باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة .

أخرجه أبو داود في سننه (٣٧٤٠) ٣: ٣٤١ كتاب الأطعمة ، باب ما جاء في إجابة الدعوة .

فإن قيل : قوله عليه السلام : « فإن كان مفطرًا فليطعَم »[1] يقتضي وجوب الأكل .

ولأن المقصود الأكل . فيجب أن يكون واجباً .

قيل : أما الخبر فمحمول على الاستحباب لما ذكرنا من الحديث لما فيه من الجمع الذي لا يمكن عكسه .

وأما كون المقصود الأكل فيبطل بالصائم فرضاً . فإنه يجب عليه الإجابة مع أنه ممنوع من الأكل .

فعلى هذا المقصود الإجابة وقد وجدت من المفطر إن لم يأكل .

قال : (فإن دعاه اثنان أجاب أولهما . فإن استويا أجاب أدينهما ، ثم أقربهما جواراً) .

أما كون من دعاه اثنان يجيب أولهما ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « فإن سبقَ أحدهما فأجبِ الذي سبق ... مختصر »[2] رواه أبو داود .

ولأن إجابته وجبت بدعوته . فلم تزل بدعوة الثاني .

وكلام المصنف رحمه الله مشعرٌ بأنه لا يجيب دعوة الثاني . وهو صحيح . لكن بشرط أن لا يتسع الوقت لإجابتهما ؛ لأنه لو وجبت عليه إجابة الثاني مع عدم اتساع الزمن لأوجبنا عليه ما لا يمكنه فعله إلا بترك واجب مثله بل أرجح منه ؛ لأن حق الأول سابق . فإن اتسع الوقت لهما وجبت إجابتهما للنصوص المتقدمة السالمة عما ذكر قبل .

وأما كونه يجيب أدينهما مع تساويهما في الدعوة ؛ مثل أن تتفق دعوتهما في وقت واحد ؛ فلأن كثرة الدِّين لها أثر في التقديم . دليله الإمامة .

⇨

وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٧٥١) ١: ٥٥٧ كتاب الصيام ، باب من دعى إلى طعام وهو صائم .

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣١) ٢: ١٠٥٤ كتاب النكاح ، باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة .

(٢) سيأتي تخريجه في الحديث الآتي .

وأما كونه يجيب أقربهما جواراً مع تساويهما في الدعوة والدِّين ؛ فلأن النبي ﷺ قال : « إذا اجتمعَ داعيان فأجبْ أقربَهما بابًا فإنَّ أقربَهما بابًا أقربَهما جوارًا»[1] رواه أبو داود .

وعن عائشة قالت : « قلت : يا رسول الله ! إن لي جارين . فإلى أيهما أهدي ؟ قال : إلى أقربهما منكِ بابًا »[2] رواه البخاري .

فإن قيل : فإن كان أحدهما أقرب والآخر أدين .

قيل : ظاهر كلام المصنف رحمه الله تعالى هنا أنه يجيب الأدين ؛ لأن الدين درجة رفيعة فكيف بالأدين .

وقال في المغني : يقدم أقربهما منه باباً فإن استويا فأدينهما . وظاهره أنه يجيب الجار الأقرب دون غيره وإن كان أدين منه ؛ لأن القرب في الجوار مأخوذ من الحديث ، والكثرة في الدين مأخوذة من الأصول .

قال : (وإن علم أن في الدعوة منكراً كالزمر والخمر وأمكنه الإنكار حضر وأنكر ، وإلا لم يحضر) .

أما كون من ذكر يحضر وينكر إذا أمكنه الإنكار ؛ فلأن فيه تحصيل فرضين فرض الإجابة وفرض إزالة المنكر .

وأما كونه لا يحضر إذا لم يمكنه الإنكار ؛ فلأن عليه ضرراً في الحضور .

ولأنه يحرم عليه مشاهدة المنكر مع إمكان عدم مشاهدته ؛ لأن النبي ﷺ قال : «من كان يؤمنُ بالله واليوم الآخر فلا يقعد على مائدةٍ يُدارُ عليها الخمر»[3] . رواه أبو حفص .

ولأنه يشاهد المنكر من غير حاجة إليه . فمنع منه ؛ كما لو شاهده مع القدرة على إزالته .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٧٥٦) ٣: ٣٤٤ كتاب الأطعمة ، باب إذا اجتمع داعيان أيهما أحق .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٥٥) ٢: ٩١٦ كتاب الهبة وفضلها ، باب بمن يبدأ بالهدية .

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (٢٨٠١) ٥: ١١٣ كتاب الأدب ، باب ما جاء في دخول الحمام ., عن جابر بن عبدالله .

وأخرجه أحمد في مسنده (١٢٥) ١ : ٢٠ عن عمر .

فإن قيل : الحديث يدل على المنع من الحضور في موضع فيه محرم من غير تقييد بإمكان الإنكار .

قيل : ذلك مستثنى لدلالة الدليل عليه .

قال : (وإن حضر فشاهد المنكر أزاله وجلس . فإن لم يقدر انصرف . فإن علم به ولم يره ولم يسمعه فله الجلوس) .

أما كون من حضر فشاهد المنكر يزيله ويجلس ؛ فلأن فيه جمعاً بين مصلحتي الإنكار ، ومقصود الإجابة الشرعية .

وأما كونه ينصرف إذا لم يقدر على الإزالة ؛ فلأن القعود مع مشاهدة المحرم حرام لما تقدم .

وأما الجلوس إذا علم به ولم يره ولم يسمعه ؛ فلأن المحرم رؤية المنكر وسماعه ولم يوجد واحد منهما .

قال : (وإن شاهد ستوراً معلقة فيها صور الحيوان [لم يجلس إلا أن تزال . وإن كانت مبسوطة أو على وسادة فلا بأس بها) .

أما كون من شاهد ستوراً معلقة فيها صور الحيوان][1] لم يجلس إذا لم تزل ؛ فلأن ستر الجدران بذلك حرام ؛ لما روت عائشة قال : « قدم النبي ﷺ من سفر وقد سترت سهوة بنمط فيه تصاوير . فلما رآه قال : أتسترين بستر فيه تصاوير ؟ فهتكه . فجعلتُ منه منتبذتين . فكأني أنظر إلى النبي ﷺ متكئا على أحدهما »[2] رواه ابن عبدالبر .

وعن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « أتاني جبريل عليه السلام فقال : أتيتُكَ البارحةَ . فلم يمنعني أن أكونَ دخلتُ إلا أنه كان على البابِ سترٌ فيه تماثيل . وكان في البيتِ كلب »[3] .

---

(١) ساقط من أ . وقد تم استدراك المتن من المقنع ، والباقي زيادة يقتضيها السياق .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٤٧) ٢: ٨٧٦ كتاب المظالم ، باب هل تكسر الدنان التي فيها الخمر أو تخرق الزقاق . بلفظ : «أنها كانت اتخذت على سهوةٍ لها ستْرًا فيه تماثيل فهتكه النبي ﷺ ، فاتخذت من نُمرقتين فكانتا في البيت يجلس عليهما» .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (٤١٥٨) ٤: ٧٤ كتاب اللباس ، باب في الصور .

وقول المصنف رحمه الله : لم يجلس : ظاهرُه أنه ممنوع من الجلوس . ودليله ظاهر ؛ لأن الستر المتقدم منكر لما تقدم . فيحرم على المشاهد له الجلوس ؛ لما تقدم .

وقال في المغني : أما دخول منزل فيه صورة فليس بمحرم . وإنما أبيح ترك الدعوة من أجله عقوبة للداعي بإسقاط حرمته لاتخاذه المنكر في داره . فلا يجب على من رآه في منزل الداعي الخروج في ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه فإنه قال في روايةِ الفضل بن زياد : إذا رأى صوراً على الستر لم يكن رآها حين دخل قال : هو أسهل من أن يكون على الجدار .

قيل له : فإن لم يره إلا عند وضع الخوان أيخرج ؟ قال : لا تضيق علينا . ولكن إذا رأى هذا وبخهم ونهاهم . يعني لا يخرج . هذا لفظه . واحتج على ذلك بـ « أن النبي ﷺ دخلَ الكعبة فرأى فيها صورةَ إبراهيم وإسماعيل »[1].

وبأن علياً دخل ومعه جماعة من المسلمين الكنيسة لما عمل النصارى طعاماً لعمر حين قدم الشام فجعل علي ينظر إلى الصور .

وبأن دخول البيَع والكنائس غير حرام وفيها الصور . فكذلك المنازل .

فإن قيل : فقد جاء في الحديث : « أن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صورة »[2]. وذلك مشعر بالتحريم .

ولأنه لو لم يكن محرمًا لما جاز ترك الإجابة الواجبة من أجله .

⇦

وأخرجه الترمذي في جامعه (٢٨٠٦) ٥: ١١٥ كتاب الأدب ، باب ما جاء أن الملائكة لا تدخل بيتاً فيه صورة ولا كلب .

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٠٢٧) ٢: ٢١٤ أول كتاب المناسك ، باب في دخول الكعبة .

(٢) عن أبي طلحة عن النبي ﷺ قال : «لا تدخل الملائكة بيتًا فيه كلب ولا صورة» .

أخرجه البخاري في صحيحه (٣١٤٤) ٣: ١٢٠٦ كتاب بدء الخلق ، باب إذا وقع الذباب في شراب أحدكم فليغمسه ...

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢١٠٦) ٣: ١٦٦٥ كتاب اللباس والزينة ، باب تحريم تصوير صورة الحيوان...

قيل : أما عدم دخول الملائكة فلا يوجب تحريم الدخول عليها . بدليل أنها لا تدخل بيتاً فيه كلب . ولا يحرم علينا دخوله ، وأنها لا تصحب رفقة فيها جرس. ولا يحرم علينا صحبتهم .

وأما ترك الإجابة الواجبة من أجله فقد تقدم أن ذلك إنما كان عقوبة للداعي لاتخاذه المنكر في داره .

ولأن فيه زجراً له عن فعله .

وفيما ذكره المصنف رحمه الله تعالى في المغني نظر ؛ لأن التصوير في الحائط أو الستر إذا كان محرماً فأيُّ فرق بين مشاهدة ذلك وبين مشاهدة الخمر ونحوه ؟. وما ذكر من جواز دخول النبي ﷺ الكعبة وفيها صورة إبراهيم وإسماعيل ، ودخول علي والمسلمين بيعة النصارى . فيمكن الفرق بينه وبين الدار المصورة والستر المعلق المصور من حيث إن صاحب الدار معتقد حرمة ذلك ملتزم بحكم شرعنا المحرم له . بخلاف الكنائس والبيع فإن أصحابها معتقدون حل ذلك غير ملتزمين بحكم شرعنا . وهم مقرون على ذلك ؛ لأنهم مقرون على كفرهم ؛ فلأن يقروا على ذلك بطريق الأولى .

وأما كونه يجلس إذا أزيلت الستور المتقدم ذكرها ؛ فلأن المحرم للجلوس مشاهدة ذلك . فوجب أن ينتفي عند انتفائه .

وأما كونه لا بأس بالستور المتقدم ذكرها إذا كانت مبسوطة ؛ فلأن فيه إهانة لها وابتذالاً .

ولأن تحريم تعليقها إنما كان لما فيه من التعظيم والإعزاز والتشبه بالأصنام التي تعبد وتتخذ آلهة . وكل ذلك مفقود في البسط .

وأما كونه لا بأس بها إذا كانت على وسادة ؛ فلأن عائشة قالت : « فجعلتُ منه -يعني من النمط الذي فيه تصاوير- منتبذتين . كأني أنظر إلى رسول الله ﷺ متكئاً على أحدهما »[1] . رواه ابن عبدالبر .

وفي حديث أبي هريرة المتقدم ذكره : « أن جبريل قال للنبي ﷺ : مُر بالستر فلتقطع منه وسادتان منبوذتان يوطآن . ففعل رسول الله ﷺ »[1] .

(١) سبق تخريجه ص: ٧١٠.

ولأن في ذلك إهانة . أشبه البسط .

فإن قيل : الكلام في الجلوس لدعوة العرس فما بال المصنف لم يتعرض له في بسط ما فيه صورة حيوان وجعله على وسادة ؟

قيل : قد تقدم أن المبيح لعدم الجلوس فعل صاحب الدعوة المحرم في داره فإذا تبين أن فعل ذلك ليس بمحرم علم انتفاء المبيح . فيفهم منه الجلوس ؛ لانتفاء المبيح لعدمه .

قال : (وإن ستر الحيطان بستور لا صور فيها أو فيها صور غير الحيوان فهل تباح ؟ على روايتين) .

أما كون ما ذكر لا يباح على روايةٍ ؛ فلأن ابن عباس روى عن النبي ﷺ « أنه نهى أن تستر الجدر »[2] رواه الخلال .

وعن عبدالله : « أن أبا أيوب قال له : يا عبدالله ! تسترون الجدر ؟ لا أطعم لكم طعامًا ولا أدخل لكم بيتًا »[3] . رواه الأثرم .

وعن عبدالله بن يزيد الخطمي « أنه دعي إلى طعام . فرأى البيتَ منجداً . فقعد خارجاً وبكى . فقيل : ما يبكيك ؟ فقال : إن رسول الله ﷺ رأى رجلاً قد رقعَ بردةً له بقطعة أدم . فقال : تطالعت عليكم الدنيا -ثلاثاً- . فقال : أنتم اليوم خير أم إذا غدت عليكم قصعة وراحت أخرى ، ويغدو أحدكم في حلة ويروح في أخرى ، وتسترون بيوتكم ؛ كما تستر الكعبة . قال عبدالله : أفلا أبكي وقد بقيت حتى رأيتكم تسترون بيوتكم ؛ كما تستر الكعبة » .

وأما كون ذلك يباح على روايةٍ ؛ فلأن ابن عمر فعله ، وفُعل في زمن الصحابة رضوان الله عليهم ، وقد رجّح المصنف في المغني هذه الرواية .

فإن قيل : الحرمة المذكورة مطلقة في كل حال أو يشترط في ذلك عدم الحاجة .

⇨

(١) سبق تخريج حديث أبي هريرة ص: ٧١٠.

(٢) أخرجه العقيلي في الضعفاء الكبير ١: ١٧٠.

(٣) ذكره البخاري في صحيحه تعليقا مختصراً ٥: ١٩٨٦ كتاب النكاح ، باب هل يرجع إذا رأى منكراً في الدعوة؟ وقال ابن حجر : وصله أحمد في كتاب الورع ، ومسدد في مسنده . فتح الباري ٩ : ١٥٨ .

قيل : بل يشترط في ذلك عدم الحاجة . فإن دعت الحاجة إليه من حرٍّ أو بردٍ فلا بأس به . ذكره المصنف رحمه الله تعالى في المغني . وعلل بأنه استعمال في حاجة . أشبه ستر الباب وما يلبسه على بدنه .

فعلى هذا يحمل كلام المصنف هنا على عدم الحاجة جمعاً بين نقليه في كتابيه .

وينبغي أن يلحظ إباحة عدم الإجابة والجلوس في الدعوة الواجبة إجابتها على الروايتين جميعاً ؛ لأن المصنف قال في المغني : وإن كان لغير حاجة فهو مكروه وعذر في الرجوع وترك الإجابة . وإذا كانت الكراهة عذراً فالحرمة بطريق الأولى .

قال : (ولا يباح الأكل بغير إذن . والدعاء إلى الوليمة إذن فيه) .

أما كون الأكل لا يباح بغير إذن ؛ فلأن المأكول من مال الغير . فلا يباح بغير إذنه ؛ كلبس ثوبه وركوب دابته .

وأما كون الدعاء إلى الوليمة إذناً في الأكل ؛ فلما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : «إذا دُعيَ أحدكم [إلى طعامٍ] فجاءَ مع الرسولِ فذلكَ إذنٌ له »[1] رواه أبو داود .

وعن عبدالله بن مسعود رضي الله عنه : «إذا دُعيتَ فقد أُذن لك» . رواه الإمام أحمد .

قال : (والنِّثار والتقاطه مكروه . وعنه : لا يكره . ومن حصل في حجره شيء منه فهو له) .

أما كون النِّثار والتقاطه مكروهاً على المذهب ؛ فـ « لأن النبي ﷺ نهَى عن النُّهبَى والمثلَة»[2] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٥١٩٠) ٤: ٣٤٨ كتاب الأدب ، باب في الرجل يُدعى أيكون ذلك إذنه . وما بين المعكوفين زيادة من السنن .
وأخرجه أحمد في مسنده (١٠٩٠٧) ٢: ٥٣٣ .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٢٣٤٢) ٢: ٨٧٥ كتاب المظالم ، باب النهي بغير إذن صاحبه .
وأخرجه أحمد في مسنده (١٨٧٣٢) ٤: ٣٠٦ .

ولأن فيه تزاحماً وقتالاً . وربما أخذه من يكره صاحب النثار أخذه[1] لحرصه وشرهه ودناءة نفسه .

فإن قيل : ظاهر النهي التحريم . فيجب أن يكون حراماً . لا سيما وقد جاء أن النبي ﷺ قال : « لا تحلُّ النهبَى ولا المثلة »[2] رواه البخاري .

قيل : ذلك الإجماع فإنه لا خلاف في الإباحة ذكره المصنف في المغني .

ولأنه نوع إباحة لمال . فلم يكن محرماً ؛ كسائر الإباحات .

وأما كون ذلك لا يكره على روايةٍ ؛ فلما روى عبدالله بن قرط قال : « قُرِّبَ إلى رسول الله ﷺ خمسُ بدناتٍ أو ست فطفِقْنَ يزدلِفْنَ إليه بأيتِهن يبدأُ . فنحرَها رسولُ الله ﷺ وقال كلمة لم أسمعها . فسألتُ من قَرُبَ منه فقال : قال : من شاءَ اقتطَع »[3] رواه أبو داود .

وهذا جار مجرى النثار والتقاطه .

وروي عن النبي ﷺ « أنه دُعيَ إلى وليمة رجل من الأنصار . ثم أتوا بنهب فأنهبَ عليه . قال الراوي : ونظرتُ إلى رسول الله ﷺ يزاحمُ الناسَ أو نحو ذلك . قال : قلت : يا رسول الله! أوما نهيتنا عن النهبى ؟ قال : نهيتكم عن نهبة العساكر ».

ولأنه نوع إباحة . أشبه إباحة الطعام .

وأما كون من حصل في حجره شيء منه فهو له ؛ فلأنه مباح حصل في حجره . فكان له ؛ كما لو وثبت سمكة من البحر فوقعت في حجره .

---

(١) زيادة من الشرح الكبير ٨: ١١٩ .

(٢) أخرجه النسائي في سننه (٤٣٢٦) ٧: ٢٠١ كتاب الصيد ، باب تحريم أكل السباع . ولم أره في البخاري .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه (١٧٦٥) ٢: ١٤٨ كتاب المناسك ، باب في الهدي إذا عطب قبل أن يبلغ .

قال : (ويستحب إعلان النكاح والضرب عليه بالدف) .

أما كون ما ذكر يستحب ؛ فلما روى محمد بن حاطب قال : قال رسول الله ﷺ : « فصلُ ما بين الحلال والحرام الصوتُ والدفُ في النكاح »[1] رواه النسائي .

وقال عليه السلام : «أعلنُوا النكاح ، واضربوا عليه بالغِربَال »[2] رواه ابن ماجة .

وأما كونه لا يجب ؛ فلأن كثيراً من الصحابة تزوج وما فعله . وعن عائشة « أنها زوجت يتيمة رجلاً من الأنصار . فكانت عائشة رضي الله عنها فيمن أهداها إلى زوجها . قالت : فلما رجعنا . قال لنا رسول الله ﷺ : ما قُلتم يا عائشة ؟ قالت : سلّمنا ودعونا بالبركة ثم انصرفنا . فقال : إن الأنصارَ قوم فيهم غزَل . ألا قلتم : أتيناكم أتيناكم فحيانا وحياكم »[3] رواه ابن ماجة .

---

(١) أخرجه النسائي في سننه (٣٣٦٩) ٦: ١٢٧ كتاب النكاح ، باب إعلان النكاح بالصوت وضرب الدف .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٠٨٨) ٣: ٣٩٨ كتاب النكاح ، باب ما جاء في إعلان النكاح .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٩٦) ١: ٦١١ كتاب النكاح ، باب إعلان النكاح .

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٨٩٥) ١: ٦١١ كتاب النكاح ، باب إعلان النكاح . عن عائشة .

(٣) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٠٠) ١: ٦١٢ كتاب النكاح ، باب الغناء والدف .

باب عشرة النساء

قال المصنف رحمه الله تعالى : (يلزم كل واحد من الزوجين معاشرة الآخر بالمعروف . وأن لا يمطله بحقه ، ولا يظهر الكراهة لبذله) .

أما كون كل واحدٍ من الزوجين يلزمه معاشرة الآخر بالمعروف ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ [النساء :١٩] ، وقال : ﴿ولهن مِثْلُ الذي عليهن بالمعروف﴾ [البقرة :٢٢٨] .

قال أبو زيد : تتقون الله فيهن ؛ كما عليهن أن يتقين الله فيكم .

وأما كون كل واحدٍ منهما يلزمه أن لا يمطل الآخر بحقه ؛ فلأن المطل بالحق مع القدرة عليه حرام . ولذلك قال النبي ﷺ : « مَطْلُ الغني ظُلم »[1] .

وأما كون كل واحدٍ منهما يلزمه أن لا يظهر الكراهة لبذله ؛ فلأن ذلك من المعاشرة بالمعروف .

قال : (وإذا تم العقد وجب تسليم المرأة في بيت الزوج إذا طلبها وكانت حرة يمكن الاستمتاع بها ولم تشترط دارها . وإن سألت الإنظار أنظرت مدة جرت العادة بإصلاح أمرها فيها . وإن كانت أمة لم يجب تسليمها إلا بالليل) .

أما كون تسليم المرأة يجب إذا تم العقد ؛ فلأن بالعقد استحق الاستمتاع بها . وذلك لا يحصل إلا بالتسليم .

وأما كونه في بيت الزوج ؛ فلأن الحق له . فملك تعيين موضعه .

وأما كونه يشترط لهذا الوجوب طلب الزوج لها ؛ فلأن الحق له . فلا يجب بدون الطلب .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٢١٦٦) ٢: ٧٩٩ كتاب الحوالات ، باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٥٦٤) ٣: ١١٩٧ كتاب المساقاة، باب تحريم مطل الغني...

وأما كونه يشترط له أن تكون حرة ؛ فلأن الأمة لا يجب تسليمها مطلقاً بل ليلاً لأن النهار تكون في خدمة سيدها .

وأما كونه يشترط له أن تكون يمكن الاستمتاع بها ؛ فلأن التسليم إنما وجب ضرورة استيفاء الاستمتاع الواجب . فإذا لم يمكن الاستمتاع بها لم يكن واجباً .

والإمكان معتبر بتسع سنين نص عليه الإمام أحمد وذلك « لأن النبي ﷺ دخلَ بعائشة وهي ابنة تسع »[1].

وقال القاضي : هو معتبر بحالها واحتمالها ؛ لأنها قد تكون كبيرة لا يمكنها وصغيرة يمكنها . وحمل كلام الإمام على الغالب ؛ لا أنه قصد التحديد لأن الإمكان قد يتخلف عن ذلك . فكيف يجب التسليم ؟ وحقيقة الإمكان منتفية .

وأما كونه يشترط له أن لا تشترط دارها ؛ فلأن ذلك شرط لازم عندنا .

وأما كون المرأة تنظر مدة جرت العادة بإصلاح أمرها فيها إذا سألت الإنظار ؛ فلأن الحاجة تدعو إلى ذلك .

ولأن في قوله عليه السلام : « لا تطرقُوا النساءَ ليلاً حتى تَمْتَشِطَ الشَّعِثَةُ وتستحِدَّ المغِيبَة »[2] تنبيهاً على الإمهال المذكور ؛ لأنه إذا منع من الطروق وأمر بإمهالها لتصلح أمرها مع تقدم صحبته لها . فلأن تمهل هذه بطريق الأولى .

فإن قيل : كم مقدار ذلك ؟

قيل : قدره المصنف في المغني باليومين والثلاثة ؛ لأن ما تحتاج إليه يمكن فعله في ذلك .

وأما كون الأمة لا يجب تسليمها إلا بالليل ؛ فلأنها مملوكة . عُقد على إحدى منفعتيها . فلم يجب تسليمها في غير وقتها ؛ كما لو أجرها لخدمة النهار . فإنه لا يجب تسليمها بالليل .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٤١) ٥: ١٩٧٣ كتاب النكاح ، باب تزويج الأب ابنته من الإمام.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٧٩١) ٥: ١٩٥٤ كتاب النكاح ، باب تزويج الثيبات .
وأخرجه مسلم في صحيحه (٧١٥) ١: ١٥٢٧ كتاب الإمارة ، باب كراهة الطروق وهو الدخول ليلاً لمن ورد من سفر .

قال : (وله الاستمتاع بها ما لم يشغلها عن الفرائض من غير إضرار بها . وله السفر بها إلا أن تشترط بلدها) .

أما كون الزوج له الاستمتاع بالزوجة ما لم يشغلها عن الفرائض ولم يضر بها ؛ فلأن المقصود من النكاح الاستمتاع . فإذا لم يشغلها عن الفرائض ولم يضر بها وجب عليها التمكين منه . وقد نبه على ذلك النبي ﷺ حيث حث على طاعة الزوج ، وقد روي عنه أنه قال : « من باتتْ مهاجرةً فراشَ زوجها لعنتْها الملائكةُ حتى ترجع»[1] متفق عليه .

وأما كونه ليس له الاستمتاع بها إذا شغلها عن الفرائض ؛ فلأن وقت ذلك مستثنى بأصل الشرع .

وأما كونه له السفر بها إذا لم تشترط بلدها ؛ فـ « لأن النبي ﷺ كان يسافر بنسائه »[2].

ولأن حاجته تدعو إلى الاستمتاع في السفر . وهو حق عليها . ولا يمكن إلا بالسفر معه . فكان له عليها ذلك . ضرورة تحصيل الاستمتاع الواجب .

فإن قيل : له السفر بها مطلقاً أم بشرط الأمن ؟

قيل : بل بشرط الأمن ؛ لأن في سفرها مع الخوف ضرراً عليها . والضرر لا يزال بالضرر .

وأما كونه ليس له السفر بها إذا اشترطت بلدها ؛ فلأن اشتراط ذلك يلزم الوفاء ؛ لما تقدم في الشروط اللازمة[3] .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٨٩٨) ٥: ١٩٩٤ كتاب النكاح ، باب إذا باتت المرأة مهاجرة فراش زوجها.

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣٦) ٢: ١٠٥٩ كتاب النكاح، باب تحريم امتناعها من فراش زوجها.

(٢) عن عائشة رضي الله عنها قالت : ((كان رسول الله ﷺ ، إذا أراد سفرًا أقرع بين نسائه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه)).

أخرجه البخاري في صحيحه (٢٤٥٣) ٢: ٩١٦ كتاب الهبة وفضلها ، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها إذا كان لها زوج فهو جائز ...

(٣) ص: ٦٠٠.

قال : (ولا يجوز وطؤها في الحيض ولا في الدبر) .

أما كون وطء المرأة في الحيض لا يجوز ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يَطْهُرن﴾ [البقرة :٢٢٢] .

وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ : «من أتى حائضًا أو امرأة في دبرها أو كاهنًا فصدقه بما يقول فقد كفرَ بما أُنزلَ على محمد »[١] رواه الأثرم .

وأما كون وطئها في الدبر لا يجوز ؛ فلما تقدم .

ولأن النبي ﷺ قال : «إن الله لا يستحيي من الحق . لا تأتوا النساء في أعجازهن »[٢] .

وعن أبي هريرة وابن عباس عن النبي ﷺ قال : «لا ينظر الله إلى رجلٍ جامع امرأةً في دبرها »[٣] . رواهما ابن ماجة .

فإن قيل : قوله تعالى : ﴿نساؤكم حرثٌ لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ [البقرة : ٢٢٣] يقتضي الخيرة في إتيانها في أي موضع شاء .

قيل : هو كذلك إلا الدبر ؛ لما روى جابر قال : «كان اليهود يقولون : إذا جامعَ الرجلُ امرأته في فرجها من ورائها جاء الولدُ أحوَل . فأنزل الله تعالى : ﴿نساؤكم حرثٌ لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾ [النساء :٢٢٣] أي : من بين يديها ومن خلفها . غير أن لا يأتيها إلا في المأْتِي »[٤] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٣٩٠٤) ٤: ١٥ كتاب الطب ، باب في الكاهن .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥) ١: ٢٤٢ أبواب الطهارة ، باب ما جاء في كراهية إتيان الحائض .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٦٣٩) ١: ٢٠٩ كتاب الطهارة وسننها ، باب النهي عن إتيان الحائض .

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٢٤) ١: ٦١٩ كتاب النكاح ، باب النهي عن إتيان النساء في أدبارهن .

(٣) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٦٥) ٣: ٤٦٩ كتاب الرضاع ، باب ما جاء في كراهية إتيان النساء في أدبارهن . عن ابن عباس .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٢٣) ١: ٦١٩ كتاب النكاح ، باب النهي عن إتيان النساء في أدبارهن. عن أبي هريرة .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٢٥٤) ٤: ١٦٤٥ كتاب التفسير ، باب {نساؤكم حرث لكم ...}.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣٥) ٢: ١٠٥٨ كتاب النكاح ، باب جواز جماعه امرأته في قبلها ، من قدامها.

وفي روايةٍ : « يأيتها مقبلةً ومدبرةً إذا كان ذلك في الفرج»[1] .

فإن قيل : إذا كان الوطء فيه حراماً . فهل يجب به الحد ؛ كاللواط ؟

قيل : لا ؛ لأن الحد يُدرأ بالشبهة . وهي موجودة هنا . بخلاف وطء الأجنبية في دبرها فإنه يجب به حد اللواط ؛ لأنه لا شبهة فيه .

قال : (ولا يعزل عن الحرة إلا بإذنها ، ولا عن الأمة إلا بإذن سيدها) .

أما كون الزوج لا يعزل عن الحرة إلا بإذنها ؛ فلما روى ابن عمر قال : «نهى رسول الله ﷺ أن يُعزلَ عن الحرة إلا بإذنها»[2] . رواه الإمام أحمد وابن ماجة .

ولأن لها في الولد حقاً وعليها في العزل ضرراً .

وقال المصنف في المغني : يحتمل أن يكون استئذانها مستحباً ؛ لأن حقها في الوطء دون الإنزال . بدليل أنه يَخْرج به من الفيئة والعنة . ثم قال : والأول أولى .

وأما كونه لا يعزل عن الأمة إلا بإذن سيدها ؛ فلأن الولد حق له . فاشترط إذنه .

ولم يذكر المصنف في المغني إذن السيد بحال . قال : فأما زوجته الأمة فيحتمل جواز العزل عنها بغير إذنها استدلالاً بمفهوم هذا الحديث . يعني حديث الحرة .

وقال ابن عباس : « تُستأذنُ الحرةُ ولا تُستأذنُ الأمة ».

ولأن عليه ضرراً في استرقاق ولده . بخلاف الحرة .

ويحتمل أن لا يجوز إلا بإذنها ؛ لأنها زوجة تملك المطالبة بالوطء في الفيئة والفسخ عند تعذره بالعنة وترك العزل من تمامه . فلم يجز إلا بإذنها ؛ كالحرة .

والمراد بقول المصنف هنا : ولا عن الأمة : الأمة المعقود عليها لا الأمة المملوكة للواطئ ؛ لأنه قال في المغني : ويجوز العزل عن أمته بغير إذنها . نص

---

(١) أخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ١٩٦ كتاب النكاح ، باب إتيان النساء في أدبارهن . عن ابن عباس.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٢٨) ١: ٦٢٠ كتاب النكاح ، باب العزل . قال في الزوائد : في إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف .

وأخرجه أحمد في مسنده (٢١٢) ١: ٣١ . كلاهما عن عمر .

عليه ؛ لأنها لا حق لها في الوطء ولا في الولد ولذلك لم تملك المطالبة بالقسم ولا الفيئة . فلأن لا تملك المنع من العزل بطريق الأولى .

قال : (وله إجبارها على الغسل من الحيض والجنابة والنجاسة واجتناب المحرمات ، وأخذ الشعر الذي تعافه النفس ؛ إلا الذمية فله إجبارها على غسل الحيض ، وفي سائر الأشياء روايتان) .

أما كون الزوج له إجبار زوجته المسلمة على جميع ما تقدم ذكره ؛ فلأنه دائر بين واجب عليها وبين شيء يقف كمال الاستمتاع عليه .

وأما كونه له إجبار زوجته الذمية على غسل الحيض ؛ فلأن حل الوطء موقوف عليه .

وأما كونه له إجبارها على سائر الأشياء في روايةٍ ؛ فلأن كمال الاستمتاع يقف عليه . إذ النفس تعاف وطء من عليها غسل ، أو شربت مسكراً ، أو لها شعر .

وأما كونه ليس له إجبارها على ذلك في روايةٍ ؛ فلأن غسل الجنابة والنجاسة واجتناب المحارم عندنا غير واجب عليها وإزالة الشعر غير مشروع عندها .

وقال المصنف في المغني : شعر العانة إذا خرج عن العادة فله إجبارها على إزالته رواية واحدة .

فصل [في حقوق الزوجة]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (ولها عليه: أن يبيت عندها ليلة من كل أربع ليال. وإن كانت أمة فمن كل ثمان ليال. وقال أصحابنا: من كل سبع. وله الانفراد بنفسه فيما بقي).

أما كون الزوجة الحرة لها على زوجها أن يبيت عندها ليلة من كل أربع؛ « فلأن كعب بن سور كان جالسًا عند عمر بن الخطاب فجاءت امرأة. فقالت: يا أمير المؤمنين! ما رأيتُ رجلاً قط أفضل من زوجي. والله! إنه ليبيتُ ليله قائمًا ويظلُّ نهارهُ صائمًا. فاستغفرَ لها وأثنى عليها واستحيت المرأةُ وقامت راجعة. فقال كعب: يا أمير المؤمنين! هلا أعديتَ المرأة على زوجها. فقال: وما ذاك؟ فقال: إنها جاءت تشكوه. إذا كانت هذه حاله في العبادة متى يتفرغ لها. فبعث عمر إلى زوجها. وقال لكعب: اقض بينهما. فإنك فهمتَ من أمرهما ما لم أفهم. قال: فإني أرى كأنها امرأة عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن. فأقضي له بثلاثة أيام ولياليهن يتعبد فيهن، ولها يوم وليلة. فقال عمر: والله! ما رأيك الأول بأعجب إليَّ من الآخر. اذهب فأنت قاضٍ على البصرة».

وفي روايةٍ: فقال عمر: «نعم القاضي أنت». وهذه قضية اشتهرت ولم تنكر. فكانت إجماعًا.

ولأن النبي ﷺ قال لعبدالله بن عمرو[1] بن العاص: «إن لزوجك عليك حقًا»[2].

---

(١) في أ: قال لعمرو.

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩٠٣) ٥: ١٩٩٥ كتاب النكاح، باب لزوجك عليك حق.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١١٥٩) ١: ٨١٧ كتاب الصيام، باب النهي عن صوم الدهر لمن تضرّر به...

ولأنه لو لم يكن لها عليه حق لكان له تخصيص إحدى زوجتيه ؛ كالزيادة في النفقة على قدر الواجب . وإذا ثبت وجوب الحق في الجملة وجب تقديره بما ذكر ؛ لحكم كعب بن سور وتصويب عمر له .

وأما كون الزوجة الأمة لها على زوجها أن يبيت عندها ليلة من كل ثمان عند المصنف ؛ فلأن الأمة على النصف من الحرة .

وأما كون ذلك من كل سبع عند أصحابنا ؛ فلأن أكثر ما يمكن أن يجمع معها ثلاث حرائر فتبقى السابعة لها .

فإن قيل : من أين لك أن الليلة من الثمان اختيار المصنف ؟

قيل : لأن في قوله : وقال أصحابنا إشعاراً بذلك . وصرح به في المغني فقال بعد أن حكى أن لها ليلة من سبع : والذي يقوى عندي أن لها ليلة من ثمان لتكون على النصف مما للحرة . فإن حق الحرة من كل ثمان ليلتان ليس لها أكثر من ذلك . فلو كان للأمة ليلة من سبع لزاد على النصف ولم يكن للحرة ليلتان وللأمة ليلة .

ولأنه إذا كان تحته ثلاث حرائر وأمة . فلم يرد أن يزيد لهن على الواجب فقسم بينهن سبعاً فماذا يصنع في الليلة الثامنة ؟ إن أوجبنا عليه مبيتها عند الحرة فقد أوجبنا عليه زيادة على الواجب ، وإن باتها عند الأمة جعلها كالحرة ولا سبيل إليه . وعلى ما اخترته تكون هذه الليلة الثامنة له ، إن أحب انفرد بها فيها وإن أحب بات عند الأولى مستأنفاً للقسم .

وأما كونه له الانفراد بنفسه فيما بقي ؛ فلما تقدم من حديث كعب بن سور .

قال : (وعليه وطؤها في كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن عذر . وإن سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت قدومه لزمه ذلك إن لم يكن عذر . فإن أبى شيئاً من ذلك ولم يكن عذر فطلبت الفرقة فرّق بينهما . وعنه : ما يدل أن الوطء غير واجب فيكون هذا كله غير واجب).

أما كون الزوج عليه وطء زوجته في كل أربعة أشهر مرة إن لم يكن عذر على المذهب ؛ فلأنه لو لم يكن واجباً لم يصر باليمين على تركه واجباً ؛ كسائر ما لا يجب .

ولأن النكاح شرع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما ، وهو مفضٍ إلى دفع ضرر الشهوة عن المرأة كإفضائه إلى دفع ذلك عن الرجل . فيجب تعليله بذلك ويكون النكاح حقاً لهما .

ولأنه لو لم يكن لها فيه حق لما وجب استئذانها في العزل ؛ كالأمة المملوكة له .

وإنما اشترط عليه كون المدة أربعة أشهر ؛ لأن الله تعالى قدر في حق المولي ذلك . ولو وجب الوطء في أقل من ذلك لوجب على المولي في تلك المدة .

وإنما اشترط أن لا يكون عذر كمرض ونحوه لأن صاحب العذر معذور . فلم يجب عليه من أجل عذره .

وأما كونه يلزمه القدوم إذا سافر عنها أكثر من ستة أشهر فطلبت ذلك ولم يكن عذر ؛ فلما روى زيد بن أسلم قال : « بينما عمر بن الخطاب يحرس المدينة فمر بامرأة في بيتها وهي تقول :

تطاول هذا الليل واسود جانبه وطال عليّ أن لا خليل ألاعبه

فوالله لولا خشية الله وحده لحرك من هذا السرير جوانبه

فسأل عنها عمر . فقيل له : فلانة . زوجها غائب في سبيل الله . فأرسل إليها امرأة تكون معها وبعث إلى زوجها فأقفله . ثم دخل على حفصة فقال : يا بنية ! كم تصبر المرأة على زوجها ؟ فقالت : سبحان الله! مثلك يسأل مثلي عن هذا . فقال : لولا أني أريد النظر للمسلمين ما سألتك . فقالت : خمسة أشهر أو[1] ستة أشهر . فوقّت للناس في مغازيهم ستة أشهر : يسيرون شهراً ، ويقيمون أربعة أشهر ، ويسيرون شهراً راجعين » .

وفي قول المصنف : إن لم يكن عذر تنبيه على أن السفر إذا زاد على ستة أشهر وكان لعذرٍ لم يلزمه القدوم ؛ لأن صاحب العذر يعذر من أجل عذره .

---

(١) زيادة من الشرح الكبير ٨ : ١٣٩ .

وأما كونه يفرّق بينهما إذا أبى الزوج شيئاً ولم يكن عذر فطلبت الفرقة ؛ فلأنها تعذر عليها ما وجب لها مولياً . فملك الفرقة به ؛ كما لو كان زوجها مولياً فطلبت منه الوطء فأبى .

وأما كون الوطء غير واجب عليه على روايةٍ ؛ فلأنه حق له فلا يكون واجباً عليه كسائر حقوقه .

وأما قول المصنف : فيكون هذا كله غير واجب : فالمراد به أنه إذا قيل الوطء لا لا يجب : لا يجب عليه القدوم من السفر وإن طال ، ولا يفسخ النكاح بعدم قدومه ؛ لأن جميع ذلك من موانع وجوب الوطء وقد انتفى .

قال : (ويستحب أن يقول عند الجماع : "بسم الله . اللهم! جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتني" . ولا يكثر الكلام حال الوطء . ولا ينزع إذا فرغ قبلها حتى تفرغ) .

أما كون الزوج يستحب له أن يقول عند الجماع : بسم الله . اللهم! جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتني ؛ فلما روى ابن عباس قال : « لو أن أحدكم حين يأتي أهله قال : [بسم الله]. اللهم ! جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا فولد بينهما ولد لم يضره الشيطان أبدًا »[1] متفق عليه .

وقال عطاء في تفسير قوله تعالى : ﴿وقدموا لأنفسكم﴾ [النساء :٢٢٣] : هي التسمية عند الجماع .

وأما كون المجامع لا يكثر الكلام حال الوطء ؛ فلما روى قبيصة بن ذؤيب أن رسول الله ﷺ قال : « لا تكثروا الكلام عند مجامعة النساء فإن منه يكون الخرس والفأفاء »[2] . رواه أبو حفص العكبري .

والمراد بقوله : ولا يكثر : الكراهة . صرح به في المغني ، وعلله بما تقدم ، وبأنه يكره الكلام حالة البول ، وحالةُ الجماع في معناه وأولى بذلك منه .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٠٢٥) ٥: ٢٣٤٧ كتاب الدعوات ، باب ما يقول إذا أتى أهله .
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٣٤) ٢: ١٠٥٨ كتاب النكاح ، باب ما يستحب أن يقوله عند الجماع . وما بين المعكوفين من الصحيحين.

(٢) ذكره المتقي الهندي في كنز العمال (٤٤٩٠١) ١٦: ٣٥٤ كتاب النكاح ، محظورات المباشرة .

وأما كونه لا ينزع إذا فرغ قبلها حتى تفرغ ؛ فلما روى أنس بن مالك قال :

قال رسول الله ﷺ : « إذا جامع الرجل أهله فليقصدها . فإذا قضى حاجته فلا يعجلها حتى تقضي حاجتها »[1] رواه أبو حفص العكبري .

ولأن في ذلك ضررًا ومنعًا لها من قضاء شهوتها .

والمراد أيضاً بقوله : ولا ينزع ... إلى آخره : أنه يكره له النزع قبل فراغها . ذكره المصنف رحمه الله تعالى في المغني .

قال : (وله الجمع بين وطء نسائه وإمائه بغسل واحد . ويستحب الوضوء عند معاودة الوطء) .

أما كون الزوج له الجمع بين وطء نسائه وإمائه بغسلٍ واحدٍ ؛ فلما روى أنس قال : «سكبتُ لرسول الله ﷺ غُسلاً واحدًا في ليلةٍ واحدة »[2] رواه أبو حفص العكبري .

ولأن حدث الجنابة لا يمنع الوطء . بدليل إتمام الجماع .

وأما كون الوضوء عند معاودة الوطء يستحب ؛ فلما روى أبو سعيد الخدري قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا جامعَ الرجلُ أول الليل ثم أرادَ أن يعودَ فليتوضأ »[3] رواه مسلم .

---

(١) ذكره المتقي الهندي في كنز العمال (٤٤٨٣٧) ١٦: ٣٤٤ كتاب النكاح ، المباشرة وآدابها ومحظوراتها.

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (٥٨٨) ١: ١٩٤ كتاب الطهارة وسننها ، باب ما جاء فيمن يغتسل من جميع نسائه غسلاً واحدًا . ولفظه : عن أنس ((أن النبي ﷺ كان يطوف على نسائه في غسل واحد)).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (٣٠٨) ١: ٢٤٩ كتاب الحيض ، باب جواز نوم الجنب واستحباب الوضوء له...

قال : (ولا يجوز له الجمع بين زوجتيه[1] في مسكن واحد إلا برضاهما . ولا يجامع إحداهما بحيث تراه الأخرى أو غيرها . ولا يحدثها بما جرى بينهما) .

أما كون الزوج لا يجوز له الجمع بين زوجتيه في مسكنٍ واحدٍ بغير رضاهما ؛ فلأن في الجمع ضرراً بهما لما بينهما من العداوة والغَيْرة ، والجمع يثير المخاصمة والمقاتلة .

وأما كونه له ذلك برضاهما ؛ فلأن الحق لهما فإذا رضيتا بإسقاطه سقط .

وأما كونه لا يجوز له أن يجامع إحداهما بحيث تراه الأخرى ؛ فلما ذكر قبل .

فإن قيل : هل يجوز ذلك مع الإذن كالجمع في المسكن الواحد ؟

قيل : لا . وكلام المصنف هنا مشعر به ؛ لأنه استثنى ذلك في السكنى دون المجامعة . وصرح به في المغني فقال : إن رضيتا بأن يجامع واحدة واحدة بحيث تراه الأخرى لم يجز ؛ لأن فيه دناءة وسخفاً وسقوط مروءة .

وأما كونه لا يجوز له ذلك بحيث تراه غير الضرة ؛ فلأن فيه ما ذكر من الدناءة والسخف وسقوط المروءة ، وربما كان وسيلة إلى وقوع الرائية في الفاحشة ؛ لأنها قد تثور شهوتها بذلك فيؤدي إلى المحذور المذكور .

وأما كونه لا يحدّث الضرة بما جرى بينهما ؛ فلأن ذلك سبب لإثارة الغيرة وبغض إحداهما الأخرى .

قال : (وله منعها من الخروج عن منزله . فإن مرض بعض محارمها أو مات استحب له أن يأذن لها في الخروج إليه) .

أما كون الزوج له منع زوجته من الخروج عن منزله ؛ فلما روى أنس «أن رجلاً سافرَ ومنع زوجته من الخروج عن منزله . فمرضَ أبوها . فاستأذنتْ رسول الله ﷺ في عيادةِ أبيها . فقال لها رسول الله ﷺ : اتقي الله ولا تخالفي زوجك . فأوحى الله تعالى إلى النبي ﷺ : قد غفرتُ لها بطاعةِ زوجها» . رواه ابن بطة .

ولأن طاعة الزوج واجبة والعيادة وشبهها غير واجبة . فلم يجز ترك الواجب لغير الواجب .

---

(١) في أ: الأخرى ، وما أثبتناه من المقنع .

وأما كونه يستحب له أن يأذن لها في ذلك إذا مرض بعض محارمها أو مات ؛ فلأن ذلك وسيلة إلى صلة الرحم .

ولأن في منعها القطيعة والحمل على مخالفة والديها إن كانا هما الممنوع من الخروج إليهما .

قال : (ولا تملك المرأة إجارة نفسها للرضاع والخدمة بغير إذن زوجها . وله أن يمنعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه) .

أما كون المرأة لا تملك إجارة نفسها لما تقدم ذكره بغير إذن زوجها ؛ فلأن الزوج يملك الاستمتاع بها ، وكونها تملك ذلك يؤدي إلى فوات حقه . فلم تملكه ؛ كما لا تملك منعه من الوطء .

وأما كون الزوج له أن يمنعها من رضاع ولدها إذا لم يضطر إليها ويخشى على الولد ؛ فلأن إرضاع ولدها ليس بواجب عليها ، وحق الزوج واجب عليها . فجاز أن يمنع الواجب ما ليس بواجب .

وأما كونه ليس له ذلك إذا اضطر إليها وخشي على الولد ؛ فلأنه حينئذ يتعين عليها إرضاعه ويترجح على حق الزوج . فإنه إحياء نفس وذلك راجح للمصلحة في نظر الشارع . وليس الاضطرار المذكور مختصاً بالولد بل لو فرض في غير الولد أنه لم توجد مرضعة سواها تعين عليها إرضاعه تقدماً على حق الزوج لما فيه من الإحياء المذكور .

فصل في القسم

قال المصنف رحمه الله تعالى : (وعلى الرجل أن يساويَ بين نسائه في القَسْم . وعماد القسم الليل ؛ إلا لمن معيشته بالليل كالحارس) .

أما كون الرجل عليه أن يساوي بين نسائه في القَسْم ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾ [النساء :١٩] . وليس مع الميل معروف .

وروى أبو هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل »[(١)] .

وعن عائشة قالت : «كان رسول الله ﷺ يقسم بين نسائه فيعدل . ثم يقول : اللهم ! هذا قسَمي فيما أملك فلا تلُمني فيما لا أملك»[(٢)] رواهما أبو داود .

وأما كون عماد القسم الليل لغير من معيشته بالليل كالحارس ؛ فلأن الليل للسكن والإيواء يأوي فيه الآدمي إلى منزله وينام في فراشه مع زوجته عادة . والنهار للمعاش والكسب والاشتغال . قال الله تعالى : ﴿وجعل الليل سكنا﴾ [الأنعام :٩٦] ، وقال تعالى : ﴿وجعلنا الليل لباسًا ۝ وجعلنا النهار معاشًا﴾ [النبأ :١٠-١١] ، وقال : ﴿ومن رحمته جعل لكم الليل والنهار لتسكنوا فيه ولتبتغوا من فضله﴾ [القصص :٧٣] . أي لتسكنوا في الليل ولتبتغوا من فضله في النهار .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٣٣) ٢: ٢٤٢ كتاب النكاح ، باب في القسم بين النساء .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٤١) ٣: ٤٤٧ كتاب النكاح ، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر .
وأخرجه النسائي في سننه (٣٩٤٢) ٧: ٦٣ كتاب عشرة النساء ، ميل الرجل إلى بعض نسائه دون بعض .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٦٩) ١: ٦٣٣ كتاب النكاح ، باب القسمة بين النساء .
وأخرجه أحمد في مسنده (٨٥٤٩) ٢: ٣٤٧ .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه (٢١٣٤) ٢: ٢٤٢ كتاب النكاح ، باب في القسم بين النساء .

وأما كون عماد قَسْم من معيشته بالليل كالحارس ونحوه النهار ؛ فلأن الليل في حقهم كالنهار في حق غيرهم .

قال : (وليس له البداءة بإحداهن ولا السفر بها إلا بقرعة . فإذا بات عندها بقرعة أو غيرها لزمه المبيت عند الثانية) .

أما كون الزوج ليس له البداءة بإحدى زوجاته ولا السفر بها بغير قرعة ؛ فلأن فعل ذلك تفضيل لها والتسوية واجبة .

ولأنهن متساويات في الحق فوجب المصير إلى القرعة ؛ لأنها المرجحة . وفي الحديث : « أن النبي ﷺ كان إذا أراد السفرَ ببعض نسائه أقرعَ بينهن »[1] . ولو جاز ذلك بغير قرعة لفعله ولو مرة تبييناً للجواز .

وأما كونه يلزمه المبيت عند الثانية إذا بات عند غيرها بقرعة أو غيرها ؛ فلأنه يجب عليه التسوية في القَسْم لما تقدم . وقد حصل لغيرها مبيت ليلة فوجب المبيت عند الثانية لتحصل التسوية الواجبة .

قال : (وليس عليه التسوية بينهن في الوطء بل يستحب) .

أما كون الزوج ليس عليه التسوية بين الزوجات في الوطء ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم﴾ [النساء :١٢٩] . قال أبو عبيدة السلماني : في الحب والجماع .

ولأن الجماع طريقه الشهوة والميل ولا سبيل إلى التسوية في ذلك .

وأما كونه يستحب له التسوية إن أمكن ؛ فلأنه أبلغ في العدل .

ولأنه روي عن النبي ﷺ : « أنه كان يسوي بين نسائه حتى في القُبَلْ ».

وحكم الاستمتاع دون الفرج حكم الوطء ؛ لأنه إذا لم يجب التسوية في الجماع ففي دواعيه أولى .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩١٣) ٥: ١٩٩٩ كتاب النكاح ، باب القرعة بين النساء إذا أراد سفراً .

وأخرجه مسلم في صحيحه (٢٤٤٥) ٤: ١٨٩٤ كتاب فضائل الصحابة ، باب فضل عائشة رضي الله عنها .

قال : (ويَقسم لزوجته الأمة ليلة والحرة ليلتين وإن كانت كتابية . ويَقسم للحائض والنفساء والمريضة والمعيبة) .

أما كون الرجل يقسم لزوجته الأمة ليلة والحرة ليلتين ؛ فلما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يقول : «إذا تزوج الحرة على الأمة قسم للأمة ليلة وللحرة ليلتين»[1] . رواه الدارقطني .

ولأن الحرة يجب تسليمها ليلاً ونهارًا . فكان حظها أكثر في الإيواء .

وأما قول المصنف : وإن كانت كتابية فتنبيه على أن الحرة الكتابية في القسم كالحرة المسلمة . وصرح به في المغني فقال : والمسلمة والكتابية سواء في القسم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن القسم بين المسلمة والذمية سواء .

ولأن القسم من حقوق الزوجية . فاستوت فيه المسلمة والكتابية ؛ كالنفقة والسكنى .

فإن قيل : فما الفرق بين الحرة والأمة ؟

قيل : الأمة لا يتم تسليمها ولا يحصل لها الإيواء التام . بخلاف الحرة .

وأما كونه يقسم للحائض والنفساء والمريضة والمعيبة ؛ فلأن القصد الإيواء والسكن والأنس وحاجتهن داعية إلى ذلك .

قال : (فإن دخل في ليلتها إلى غيرها لم يجز إلا لحاجة داعية . فإن لم يلبث عندها لم يقض . وإن لبث أو جامع لزمه أن يقضي لها[2] مثل ذلك من حق الأخرى) .

أما كون الزوج لا يجوز له الدخول إلى غير من الليلة لها إذا لم تكن حاجة داعية ؛ فلأنه ترك الواجب عليه لا لحاجة .

وأما كونه يجوز له لحاجة داعية مثل : أن تكون ضرتها منزولاً بها فيريد أن يحضرها أو توصي إليه أو نحو ذلك مما لا بد منه عرفاً ؛ فلأن ذلك حالة ضرورة وحاجة فأبيح به ترك الواجب إلى قضائه في وقت آخر .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٤٨) ٣: ٢٨٥ كتاب النكاح ، باب المهر .

(٢) زيادة من المقنع .

وقول المصنف رحمه الله تعالى : في ليلتها : مشعرٌ بأنه له فعل ذلك في نهارها الذي هو تبع لليلة وإن لم تكن الحاجة داعية . وصرح به في المغني فقال : يجوز الدخول في النهار إلى المرأة في يوم غيرها لحاجة من دفع نفقة أو عيادة أو سؤال عن أمر يحتاج إلى معرفته أو زيارتها لبعد عهدهما ونحو ذلك ؛ لما روت عائشة قالت : «كان رسول الله ﷺ يدخل عليَّ في يوم غيري فينال مني كل شيء إلا الجماع »[1] .

وأما كونه لا يقضي إذا لم يلبث عندها ؛ فلأنه لا فائدة فيه لقلته .

وأما كونه يلزمه أن يقضي لها مثل ذلك من حق الأخرى إذا لبث أو جامع ؛ فلأن التسوية واجبة ولا يحصل إلا بذلك .

ولا فرق في القضاء المذكور وعدمه بين ما إذا كان ممنوعاً من الدخول ؛ مثل : أن يدخل لغير حاجة ، أو غير ممنوع ؛ مثل : أن يدخل لحاجة ؛ لأنه زمن مستحق للغير أو زمن لا يقضى لقلته . فاستوى فيه صاحب الحاجة وغيره .

قال : (وإن أراد النقلة من بلد إلى بلد وأخذ إحداهن معه والأخرى مع غيره لم يجز إلا بقرعة . ومتى سافر بها بقرعة لم يقض . وإن كان بغير قرعة لزمه القضاء للأخرى) .

أما كون الرجل لا يجوز له أخذ إحدى نسائه معه والأخرى مع غيره إذا أراد النقلة من بلدٍ إلى بلدٍ بغير قرعة ؛ فلأن فعل ذلك ميل . فلم يجز لما تقدم . بخلاف فعله بقرعة .

وأما كونه لا يقضي إذا سافر بها بقرعة ؛ فلأن عائشة ذكرت السفر بالقرعة ولم تذكر القضاء .

---

(١) أخرج أبو داود نحوه في سننه عن عائشة قالت : «كان رسول الله ﷺ لا يفضل بعضنا على بعض في القسم ، من مكثه عندنا ، وكان قل يوم إلا وهو يطوف علينا جميعا فيدنو من كل امرأة من غير مسيس حتى يبلغ إلى التي هو يومها فيبيت عندها» . (٢١٣٥) ٢: ٢٤٢ كتاب النكاح ، باب في القسم بين النساء .

ولأن التي تسافر معه يلحقها من مشقة السفر بإزاء ما يحصل لها من السكن ، ولا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل في الحضر . فلو قضى للحاضرات لكان قد مال على المسافرة .

وأما كونه يلزمه القضاء للأخرى إذا كان بغير قرعة ؛ فلأنه خص بعضهن بمدة على وجهٍ تلحقه التهمة فيه . فيلزمه القضاء ؛ كما لو كان حاضراً .

فإن قيل : قد تقدم أنه لو قضى للحاضرة لأدى إلى الميل ؛ لأن المسافرة لا يحصل لها من السكن مثل ما يحصل للحاضرة .

قيل : هو كذلك ؛ إلا أنه لا يمكن إسقاط القضاء بالكلية لما فيه أيضاً من الميل . ومن أن ذلك يصير وسيلة إلى المسافرة بمن يريد . وإذا تعارض القضاء وعدمه وجب القضاء لكن على مثل ما أقام مع المسافرة ؛ لأنه أقرب القولين إلى عدم الميل .

فعلى هذا لا يلزمه قضاء مدة السير لأنها لم يحصل لها من ذلك إلا التعب والمشقة .

ولأنه لو جعل للحاضرة في مقابلته مبيتاً عندها واستمتاعاً بها لمال كل الميل .

قال : (وإن امتنعت من السفر معه ، أو من المبيت عنده ، أو سافرت بغير إذنه : سقط حقها من القسم . وإن أشخصها هو فهي على حقها من ذلك . وإن سافرت لحاجتها بإذنه فعلى وجهين) .

أما كون حق الزوجة من القسم يسقط إذا امتنعت مما ذكر أو سافرت بغير إذنه ؛ فلأن القسم للأُنس وقد تعذر بسببٍ من جهتها . فيسقط ؛ كما لو تعذر ذلك قبل دخوله بها .

وأما كونها على حقها من ذلك إذا أشخصها هو ؛ فلأنه ما فات بسبب من جهتها وإنما فات بتفويته . فلم يسقط حقها ؛ كما لو أتلف المشتري المبيع فإنه لا يسقط حق البائع بتسليم ثمنه إليه .

فإن قيل : ما معنى أشخصها ؟

قيل : أن يبعثها لحاجة أو يأمرها بالنقلة من بلدها . ذكره المصنف رحمه الله تعالى في المغني .

وأما كون حقها يسقط إذا سافرت لحاجتها بإذن الزوج على وجهٍ ؛ فلأن الاستيفاء تعذر بسبب من جهتها . أشبه ما لو سافرت بغير إذنه .

وأما كونه لا يسقط على وجهٍ ؛ فلأن سفرها بإذنه . أشبه ما لو سافرت معه .

فإن قيل : ما المراد بسفرها لحاجتها ؟

قيل : أن تسافر لتجارة لها أو زيارة أو حج تطوع أو عمرة أو نحو ذلك .

فإن قيل : ما الصحيح من الوجهين المذكورين ؟

قيل : ظاهر كلام صاحب المغني فيه ترجيح السقوط ؛ لأنه علله بنحو ما تقدم . وفرّق بين سفرها لحاجته بإذنه وبين سفرها معه بأن القسم لم يتعذر بسفرها معه . بخلاف سفرها بإذنه .

قال : (وللمرأة أن تهب حقها من القَسْم لبعض ضرائرها بإذنه وله فيجعله لمن شاء منهن . فمتى رجعت في الهبة عاد حقها) .

أما كون المرأة لها أن تهب حقها لبعض ضرائرها بإذن الزوج ؛ فـ « لأن سَوْدة وهبت يومها لعائشة . فكان رسول الله ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة »[1] .

وعن عائشة : « أن رسول الله ﷺ وجد على صفية في شيء . فقالت صفية لعائشة : هل لك أن تُرضي عني رسول الله ﷺ ولك يومي ؟ قالت : فقعدت إلى جنب رسول الله . قال : إليك يا عائشة! إنه ليس يومك . قلت : ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء . وأخبرته بالأمر . فرضي عنها»[2] رواه ابن ماجة .

واشترط المصنف رحمه الله تعالى في الهبة المذكورة إذن الزوج ؛ لأن حقه على الواهبة فلا ينتقل إلى غيرها إلا برضاه .

وأما كونها لها أن تهب ذلك للزوج ؛ فلأن الحق لها فلمن نقلته انتقل إليه .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩١٤) ٥: ١٩٩٩ كتاب النكاح ، باب المرأة تهب يومها من زوجها لضرتها وكيف يقسم ذلك .

وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٦٣) ٢: ١٠٨٥ كتاب الرضاع ، باب جواز هبتها نوبتها لضرتها .

(٢) أخرجه ابن ماجة في سننه (١٩٧٣) ١: ٦٣٤ كتاب النكاح ، باب المرأة تهب يومها لصاحبتها .

وأما كون الزوج له الخيرة في جعله لمن شاء ؛ فلأنه قام مقام الواهبة . فكما كان لها الخيرة في جعله فيمن تشاء . فكذلك القائم مقامها .

وأما كون حق الواهبة يعود إذا رجعت في الهبة ؛ فلأنها هبة لم تقبض . والمراد بالعود المذكور : العود في المستقبل ؛ لأن ذلك الذي لم يقبض : أما الماضي فليس لها الرجوع فيه ؛ لأنها هبة اتصل بها القبض .

فعلى هذا إذا رجعت في أثناء ليلتها لزم الزوج الانتقال . وإن لم يعلم حتى أتم الليلة لم يقض لها شيئاً ؛ لأن التفريط منها .

قال : (ولا قَسْم عليه في ملك يمينه . وله الاستمتاع بهن كيف شاء . ويستحب التسوية بينهن ، وأن لا يعضلهن إن لم يرد الاستمتاع بهن) .

أما كون السيد لا قَسْم عليه في ملك يمينه ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم﴾ [النساء :٣] . وقد كان للنبي ﷺ مارية القبطية وريحانة . فلم يكن يقسم لهما .

ولأن الأمة لا حق لها في الاستمتاع . ولذلك لا يثبت لها الخيار بكون السيد مجبوباً أو عنيناً ، ولا يضرب لها مدة الإيلاء .

وأما كون التسوية بينهن تستحب ؛ فلأنه أطيب لقلوبهن وأبعد من النفرة والبغضة .

وأما كون أن لا يعضلهن إن لم يرد الاستمتاع بهن يستحب ؛ فلأن إعفافهن وصونهن عن احتمال الوقوع في المحظور مطلوب[1] .

(١) زيادة يقتضيها السياق .

فصل [إذا تزوج بكرا]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (**وإذا تزوج بكراً أقام عندها سبعاً ثم دار. وإن كانت ثيباً أقام عندها ثلاثاً. فإن أحبّت أن يقيم عندها سبعاً فعل وقضاهن للبواقي**).

أما كون الزوج إذا تزوج بكراً يقيم عندها سبعاً ثم يدور على نسائه، وإذا تزوج ثيباً يقيم عندها ثلاثاً ثم يدور؛ فلما روى أبو قلابة عن أنس قال: «من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعًا وقسم، وإذا تزوج ثيباً أقام عندها ثلاثًا ثم قسم»[1].

قال أبو قلابة: لو شئت لقلت أن أنسًا رفعه إلى النبي ﷺ. متفق عليه.

وأما كونه إذا أحبت الثيب أن يقيم عندها سبعاً فعل وقضاهن للبواقي؛ فلما روي عن أم سلمة «أن رسول الله ﷺ لما تزوجها أقام عندها ثلاثاً. وقال: إنه ليس بكِ هوانٌ على أهلك. إن شئتِ سبّعتُ لك، وإن سبّعتُ لكِ سبّعتُ لنسائي»[2]. رواه مسلم.

وفي لفظ: «إن شئتِ ثلّثتُ ثم دُرْتُ»[3].

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩١٦) ٥: ٢٠٠٠ كتاب النكاح، باب إذا تزوج الثيب على البكر.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٤٦١) ٢: ١٠٨٤ كتاب الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف.

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٦٠) ٢: ١٠٨٣ الموضع السابق.
وأخرجه أبو داود في سننه (٢١٢٢) ٢: ٢٤٠ كتاب النكاح، باب في المقام عند البكر.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (١٩١٧) ١: ٦١٧ كتاب النكاح، باب الإقامة على البكر والثيب.
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٦٥٤٧) ٦: ٢٩٢.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه (١٤٦٠) ٢: ١٠٨٣ كتاب الرضاع، باب قدر ما تستحقه البكر والثيب من إقامة الزوج عندها عقب الزفاف.

قال : (وإن زُفّت إليه امرأتان قدم السابقة منهما ، ثم أقام عند الأخرى ، ثم دار . فإن زُفّتا معاً قدم إحداهما بالقرعة ، ثم أقام عند الأخرى) .

أما كون الزوج يقدم السابقة فيما إذا زفّت إليه امرأتان إحداهما قبل الأخرى ؛ فلأن حقها سبق .

وأما كونه يقيم بعد فعل الواجب عليه للأولى عند الأخرى ؛ فلأن حقها واجب عليه لما تقدم . تُرك العمل به في مدة الأولى ؛ لأنه عارضه ورجح عليه . فإذا زال المعارض وجب العمل بالمقتضي لحق الأخرى السالم عن المعارض .

وأما كونه يدور بعد ذلك ؛ فليأتي بالواجب عليه من حق الدَّوْر .

وأما كون تقديم إحداهما بالقرعة إذا زُفّتا معاً ؛ فلأنهما استويا في سبب الاستحقاق ، والقرعة مرجحة عند التساوي .

وأما كونه يقيم عند الأخرى بعد فعل ما عليه للأخرى ؛ فلما تقدم .

قال : (وإن أراد السفر فخرجت القرعة لإحداهما سافر بها ودخل حق العقد في قسم السفر ، وإذا قدم بدأ بالأخرى فوفاها حق العقد) .

أما كون الزوج يسافر بمن خرجت لها القرعة ؛ فلأن حقها ترجح بالقرعة .

وأما كون حق العقد يدخل في قسم السفر ؛ فلأنه نوع قسم يختص بها .

وأما كونه يبدأ بالأخرى فيوفيها حق العقد ؛ فلأنه حق وجب لها قبل سفره لم يؤده إليها . فلزمه قضاؤه ؛ كما لو لم يسافر بالأخرى معه .

وقال المصنف في المغني : فيه وجهان :

أحدهما : يقضي لها ذلك ؛ لما ذكر .

والثاني : لا يقضيه لها ؛ لئلا يكون تفضيلاً لها على التي سافر بها . ثم قال : ويحتمل أن يستأنف قضاء العقد لكل واحدةٍ منهما ولا يحتسب على المسافرة بمدة سفرها ؛ كما لا يحتسب به عليها فيما عدا حق العقد . ثم قال : وهذا أقرب إلى الصواب من إسقاط حق العقد الواجب بالشرع بغير مسقط .

قال : (وإذا طلق إحدى نسائه في ليلتها أثم فإن تزوجها بعد ذلك قضى لها ليلتها) .

أما كون الزوج يأثم إذا طلق إحدى نسائه في ليلتها ؛ فلأنه يوصل إلى منعها حقها .

وأما كونه إذا تزوجها بعد ذلك يقضي لها ليلتها ؛ فلأنه أمكنه أداء ما عليه من الحق بعد العجز . فلزمه ذلك ؛ كما لو كان عليه دَيْن فأعسر ثم قدر عليه .

قال : (وله أن يخرج في نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس) .

أما كون الزوج له الخروج في نهار ليل القسم لمعاشه وقضاء حقوق الناس ؛ فلأنه لا قسم عليه في النهار . وقد تقدم ذلك في قول المصنف رحمه الله تعالى : وعماد القسم الليل[1] .

وأما كون المصنف قيد ذلك بالنهار فليشعر بأن الزوج ليس له ذلك في الليل .

وقال رحمه الله تعالى في المغني : فإن خرج في النهار أو أول الليل أو آخره الذي جرت العادة بالانتشار فيه والخروج إلى الصلوات جاز ؛ لأن المسلمين يخرجون لصلاة العشاء وصلاة الفجر قبل طلوعه .

فعلى هذا يحمل التقييد المذكور على نفي ما عداه بما ذكره في المغني ؛ لأنه صريح . وذلك راجح على المفهوم .

---

(١) ص: ٧٣٠.

فصل في النشوز

قال المصنف رحمه الله تعالى : (**وهو معصيتها إياه فيما يجب عليها . وإذا ظهر منها أمارات النشوز بأن لا تجيبه إلى الاستمتاع أو تجيبه متبرمة متكرهة : وَعظَهَا . فإن أصرّت هجَرَها في المضجع ما شاء . وفي الكلام فيما دون ثلاثة أيام . فإن أصرّت فله أن يضربها ضرباً غير مُبَرِّح**).

أما قول المصنف : وهو معصيتها إياه فيما يجب عليها فبيان لمعنى نشوز المرأة . وهو : مأخوذ من النَّشَز . وهو الارتفاع . فكأنه لما عصته فيما يجب عليها قد ارتفعت عما فرض الله عليها من طاعته .

وأما كون الزوج يَعِظُها إذا ظهر منها أمارات النشوز ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعِظُوهن﴾ [النساء :٣٤] .

وأما كونه يهجرها في المضجع قبل الضرب ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿واهجروهن في المضاجع﴾ [النساء :٣٤] .

وعن ابن عباس : «لا تُضاجعها في فراشك ».

وأما كون الهجر المذكور ما شاء ؛ فلأن القرآن مطلق . فلا يقيد بغير دليل .

وأما كونه يهجرها في الكلام فيما دون ثلاثة أيام ؛ فلأنه ليس بمنهي عنه . ولأن فيه زجراً لها عن العصيان .

وتقييد المصنف الكلام بما دون ثلاثة أيام : مشعرٌ بأنه لا يجوز فيما زاد على ذلك . وهو صحيح فيما فوق الثلاثة ؛ لما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال : «لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاثة أيام»[1] .

وأما كونه إذا أصرّت له أن يضربها ضرباً غير مبرح ؛ فلأن الله قال : ﴿واضربوهن﴾ [النساء :٣٤] .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٤٩١١) ٤: ٢٧٨ كتاب الأدب ، باب فيمن يهجر أخاه المسلم .

فإن قيل : الآية دلت على الضرب عند خوف النشوز ولم يشترط الإصرار على النشوز وعلى الضرب من غير تقييد . فلم قيد بغير المبرح ؟

قيل : الجواب عن الأول أن الآية فيها إضمار تقديره : "واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن فإن نشزن فاهجروهن في المضاجع فإن أصررن فاضربوهن" ؛ كما قال سبحانه وتعالى : ﴿إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادًا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلافٍ أو ينفوا من الأرض﴾ [المائدة :٣٣] . والذي يدل على هذا أنه رتب هذه العقوبات على خوف النشوز ولا خلاف في أنه لا يضربها لخوف النشوز قبل إظهاره .

والجواب عن الثاني : أن إصرارها على منع حق زوجها ليس أبلغ من فعلها الفاحشة . وقد اشترط في ضربها على ذلك أن لا يكون مبرحاً ؛ لأن النبي ﷺ قال : « إن لكم عليهن أن لا يُوطئنَ فرشكُم أحداً تكرهونه . فإن فعلن فاضربوهن ضربًا غير مبرح »[1] رواه مسلم .

ومعنى غير مبرح : غير شديد .

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٢١٨) ١: ٨٩١ كتاب الحج ، باب حجة النبي ﷺ ، عن جابر بن عبدالله .

قال : (فإن ادعى كل واحد ظلم صاحبه له[1] أسكنهما الحاكم إلى جانب ثقة يشرف عليهما ، ويلزمهما الإنصاف . فإن خرجا إلى الشقاق والعداوة بعث الحاكم حكمين حرين مسلمين عدلين ، والأولى أن يكونا من أهلهما برضاهما وتوكيلهما فيكشفان عن حالهما ويفعلان ما يريانه من جَمْع بينهما ، أو تفريق بطلاق ، أو خلع . فإن امتنعا من التوكيل لم يجبرا . وعنه : أن الزوج إن وكل في الطلاق بعوض أو غيره ، ووكلت المرأة في بذل العوض برضاهما ، وإلا جعل الحاكم إليهما ذلك . وإن غاب الزوجان أو أحدهما لم ينقطع نظرهما على الأولى ولم ينقطع على الثانية) .

أما كون الحاكم يسكن الزوجين إلى جانب ثقة يشرف عليهما ويلزمهما الإنصاف إذا ادعى كل واحدٍ ظلم صاحبه له ؛ فلأن ذلك وسيلة إلى كفهما عن التعدي ، وذلك مطلوب شرعاً .

وأما كونه يبعث حكمين إذا خرجا إلى الشقاق ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها﴾ [النساء : ٣٥] .

وأما كون الحكمين حرين ؛ فلأن العبودية نقص .

وقال صاحب المغني فيه : الأولى أن يقال : إن كانا وكيلين لم تعتبر الحرية ؛ لأن توكيل العبد جائز ، وإن كانا حكمين اعتبرت ؛ لأن الحاكم لا يجوز أن يكون عبداً .

وأما كونهما مسلمين عدلين ؛ فلأنهما إن كانا حكمين كان اشتراط ذلك ظاهراً ؛ لكون الحاكم لا يجوز أن يكون إلا مسلماً عدلاً . وإن كانا وكيلين ؛ فلأن الوكالة إذا تعلقت بنظر الحاكم لم يجز أن يكون الوكيل إلا مسلماً عدلاً ؛ كما لو نصب وكيلاً لصبي أو سفيه .

وأما قول المصنف : والأولى أن يكونا من أهلهما برضاهما وتوكيلهما : فمشعرٌ بأمور :

أحدها : أن كون الحكمين من أهلهما راجح في نظر الشرع ولا شبهة فيه ؛ لقوله تعالى : ﴿حَكَماً من أهله وحَكَماً من أهلها﴾ [النساء : ٣٥] .

(١) زيادة من المقنع .

ولأنهما إذا كانا من أهلهما كانا أعلم بحالهما وأشفق عليهما .

وثانيهما : أنه يجوز أن يكونا من غير أهلهما ؛ لأن الأهلية ليست شرطاً في الحكم .

ولأن في الوكالة وهماً لا يخرجان عنهما . وذلك يوجب حمل الأمر في الآية على الرجحان لا على الراجح المانع من النقص .

وثالثها : أن كون الحكمين برضا الزوجين وتوكيلهما راجح في نظر الشرع أيضاً . ولا شبهة فيه ؛ لما فيه من الخروج من الخلاف الآتي ذكره .

ورابعها : أنه يجوز أن يكونا بغير رضا الزوجين ولا توكيلهما .

وأما كونهما يكشفان عن حالهما ويفعلان ما يريانه من جمع بينهما أو تفريق بطلاق أو خلع ؛ فلأن الغرض من بعثهما إزالة ما بينهما من الشقاق والعداوة . وما ذكر طريق إليه . وفي حديث علي رضي الله عنه الآتي ذكره : « إن رأيتُما أن تجمعا جمعتما ، وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما » .

وأما كون الزوجين إذا امتنعا من التوكيل لم يجبرا ؛ فلأنهما رشيدان والبضع حق للزوج والمال حق للزوجة . فلم يجبرا على التوكيل فيهما كغيرهما من الحقوق .

وعدم إجبارهما مشعر بأن الحاكم ليس له أن يبعث حكمين بغير رضاهما . وهو صحيح على المذهب ؛ لأنه حق لهما . فلم يجز لغيرهما التصرف إلا بالوكالة .

وأما كون الزوج إن وكل في الطلاق والمرأة في بذل العوض وإلا جعل الحاكم إليهما ذلك ؛ فلعموم قوله تعالى : ﴿فابعثوا﴾ [النساء: ٣٥] .

ولأن الله تعالى سماهما حكمين ثم قال ﴿إن يريدا إصلاحاً﴾ [النساء: ٣٥] خاطب الحكمين بذلك ولم يعتبر رضا الزوجين .

وعن أبي عبيدة السلماني « أن رجلاً وامرأة أتيا علياً رضي الله عنه مع كل واحدٍ منهما فئام من الناس . فقال علي : ابعثوا حكمين حكماً من أهله ، وحكماً من أهلها . فبعثوا حكمين . ثم قال علي للحكمين : هل تدريان ما عليكما من الحق ؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما . فقالت المرأة :

رضيت بكتاب الله عليّ ولي . وقال الرجل : أما الفرقة فلا . فقال علي : كذبت حتى ترضى بما رضيت به »[1] . رواه أبو بكر بإسناده .

ويشترط في كونهما حكمين شرطان آخران لم يذكرهما هنا :

أحدهما : كونهما عالمين بالجمع والتفريق ؛ لأنهما يتصرفان في ذلك . فيعتبر علمهما به .

وثانيهما : كونهما ذكرين ؛ لأن الحاكم لا يجوز إلا أن يكون ذكراً .

وأما كون الحكمين ينقطع نظرهما إذا غاب الزوجان أو أحدهما على الرواية الأولى ولا ينقطع على الثانية ؛ فلأن الوكيل ينعزل بجنون موكله . بخلاف الحاكم فإنه لا يمنع أن يحكم مع جنون المحكوم عليه .

وقال المصنف في المغني بعد ذكر الغيبة : وإن كان حاكماً لم يجز له الحكم ؛ لأن من شرط ذلك بقاء الشقاق وحضور المتداعيين ولا يتحقق ذلك مع الجنون .

---

(١) أخرجه الدارقطني في سننه (١٨٨-١٨٩) ٣: ٢٩٥ كتاب النكاح، باب المهر.
وأخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١١٨٨٣) ٦: ٥١٢ كتاب الطلاق ، باب الحكمين.

كتاب الخلع

سمي الخلع خلعاً لأن المرأة تنخلع من لباس زوجها . قال الله تعالى : ﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾ [البقرة :١٨٧] .

قال المصنف رحمه الله تعالى : **(وإذا كانت المرأة مبغضة للرجل وتخشى أن لا تقيم حدود الله في حقه فلا بأس أن تفتدي نفسها منه . وإن خالعته لغير ذلك كره ووقع الخلع . وعنه : لا يجوز)** .

أما كون المرأة لا بأس أن تفتدي نفسها من الرجل إذا كانت مبغضة له وتخشى أن لا تقيم حدود الله ؛ فلأن الله قال : ﴿فإن خفتم أن لا يُقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة :٢٢٩].

وروي «أن رسول الله ﷺ خرج إلى الصبح فوجد حبيبة بنت سهل عند بابه في الغلس . فقال : ما شأنك ؟ قالت : لا أنا ولا ثابت -لزوجها-. فلما جاء ثابت قال له رسول الله ﷺ : هذه حبيبة بنت سهل ذكرت ما شاء الله أن تذكر . وقالت حبيبة : كلما أعطاني عندي . فقال رسول الله ﷺ لثابت بن قيس : خذ منها . فأخذ منها وجلست في أهلها »[1] حديث صحيح .

وفي روايةٍ للبخاري قال : « جاءت امرأة ثابت بن قيس إلى النبي ﷺ فقالت : يا رسول الله! ما أنقِمُ على ثابت بن قيس في دين ولا خُلُق إلا أني أخافُ الكفر . فقال النبي ﷺ : أتَرُدين عليه حديقتَه ؟ قالت : نعم . فردّت عليه . وأمرهُ ففارقَها »[2] .

وأما كون الخلع لغير ذلك يكره ؛ فلأن تركه ترجح على فعله وفعله يجوز : أما الأول ؛ فلأنه مختلف في جوازه ، وأما الثاني ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً﴾ [النساء :٤] .

وأما كونه يقع ؛ فلأنه يجوز فعله . أشبه الذي قبله .

---

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٥٢٧٦) ٩: ٣٠٧ كتاب الطلاق ، باب الخلع .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه (٤٩٧٣) ٥: ٢٠٢٢ كتاب الطلاق ، باب الخلع وكيف الطلاق فيه .

وأما كونه لا يجوز على روايةٍ ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً إلا أن يخافا أن لا يُقيما حدود الله﴾ [البقرة :٢٢٩].

وعن ثوبان قال : قال رسول الله ﷺ : « أيما امرأةٍ سألت زوجَها الطلاقَ من غير ما بأس فحرامٌ عليها رائحةُ الجنة »[1] رواه أبو داود .

وعن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : « المختَلِعَاتُ والمنتَزعَاتُ هن المنافِقَاتُ »[2] رواه الإمام أحمد واحتج به .

ولأنه إضرار بها وبزوجها وإزالة لمصالح النكاح من غير حاجة . فلم يجز ؛ لقوله عليه السلام : « لا ضررَ ولا إضرارَ في الإسلام »[3].

وظاهر كلام المصنف هنا ترجيح الجواز ، وفي المغني ترجيح الحرمة لأنه قال : والحجة مع من حرمه ، وخصوص الآية في التحريم يجب تقديمها على عموم آية الجواز مع ما عضدها من الأخبار .

وحكي عن ابن المنذر أنه قال -يعني جواباً عن قوله تعالى : ﴿فكلوه﴾ [النساء : ٤]-: لا يلزم من الجواز في غير عقدٍ الجواز في المعاوضة . بدليل الربا حرمه الله تعالى في العقد وأجازه في الهبة .

فإن قيل : على روايةِ عدم الجواز يقع الخلع .

قيل : لا ؛ لأنه إذا كان حراماً لم يقع صحيحاً ؛ كبيع درهمين بدرهم .

ولأنه إذا عضلها الزوج لتفتدي كان حراماً وباطلاً وسيأتي ذكرهما بعد إن شاء الله تعالى . فكذا لا يقع الخلع المذكور على روايةِ الحرمة ؛ لاشتراكهما إذاً فيهما .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٢٦) ٢: ٢٦٨ أبواب الطلاق ، باب في الخلع .
وأخرجه الترمذي في جامعه (١١٨٧) ٣: ٤٩٣ كتاب الطلاق ، باب ما جاء في المختلعات .
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٥٥) ١: ٦٦٢ كتاب الطلاق ، باب كراهية الخلع للمرأة .
وأخرجه أحمد في مسنده (٢٢٤٩٣) ٥: ٢٨٣.

(٢) أخرجه الترمذي في جامعه (١١٨٦) ٣: ٤٩٢ كتاب الطلاق واللعان ، باب ما جاء في المختلعات . ولم يذكر لفظ: « والمنتزعات » من حديث ثوبان رضي الله عنه .
وأخرجه النسائي في سننه (٣٤٦١) ٦: ١٦٨ كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلع .
وأخرجه أحمد في مسنده (٩٠٩٤) طبعة إحياء التراث .

(٣) أخرجه الدارقطني في سننه (٨٥) ٤: ٢٢٨ كتاب في الأقضية والأحكام وغير ذلك.

قال : (فأما إن عضلها لتفتدي نفسها منه ففعلت فالخلع باطل والعوض مردود والزوجية بحالها ؛ إلا أن يكون طلاقاً فيكون رجعياً) .

أما كون الخلع فيما ذكر باطلاً ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن﴾ [النساء : ١٩] .

ولأن مفهوم قوله : ﴿فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة : ٢٢٩] يدل على الجناح إذا لم يخافا ألا يقيما حدود الله .

ولأنه عقد ألزمت على بذل عوضه بغير حق . فكان باطلاً ؛ كالثمن في البيع ، والأجر في الإجارة .

وأما كون العوض مردوداً ؛ فلأن العقد باطل .

وأما كون الزوجية بحالها فيما عدا المستثنى ؛ فلأن المقتضي للفرقة الخلع الصحيح ولم يوجد .

وأما كونه رجعياً إذا كان طلاقاً ؛ فلأن الخلع إذا وقع بلفظ الطلاق أو نوى بالخلع الطلاق كان طلاقاً رجعياً لما يأتي ذكره في موضعه إن شاء الله تعالى .

فإن قيل : ما المراد بقوله : عضلها؟

قيل : ضارّها بالضرب والتضييق عليها أو منعها حقها من المنفعة والقسم ونحو ذلك . وليس كل صورة وجد فيها ذلك يكون الخلع باطلاً بل يصح ذلك في مواضع :

● منها : أنه لو ضربها على نشوزها أو منعها حقها من أجله لم يحرم خلعها ؛ لأن ذلك لا يمنعها أن لا يخافا أن لا يقيما حدود الله . وفي بعض حديث حبيبة لزوجها « فضربهَا فكسرَ بعضها . فقال النبي ﷺ : خُذْ بعضَ مالِها وفَارِقْها »[١] رواه أبو داود .

● ومنها : لو ضربها لسوء خلقه لا يريد بذلك أن تفتدي لم يحرم أيضاً خلعها لأنه لم يعضلها لتذهب ببعض ما آتاها . لكن عليه إثم الظلم .

---

(١) أخرجه أبو داود في سننه (٢٢٢٨) ٢: ٢٦٩ كتاب الطلاق ، باب في الخلع .

●ومنها : أنها لو أتت بفاحشة فعضلها لتفتدي نفسها لم يحرم خلعها لأن الله تعالى قال : ﴿ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشةٍ مبينة﴾ [النساء :١٩] . والاستثناء من النهي إباحة .

ولأنها متى زنت لم يأمن أن تلحق به ولداً من غيره وتفسد فراشه فلا تقيم حدود الله في حقه فتدخل في قوله : ﴿فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة :٢٢٩].

وإذا لم يحرم فيما ذكر لا يكون[1] باطلاً لأن المقتضي للبطلان الحرمة وهي منتفية . وإذا كان كذلك يجب تخصيص قول المصنف عضلها لتفتدي بما عدا الصورة الأولى والثالثة . أما الثانية فإنها تخرج بقوله : لتفتدي إذ العضل في الثانية منتف .

قال : (ويجوز الخلع من كل زوج يصح طلاقه مسلماً كان أو ذمياً . فإن كان محجوراً عليه دفع المال إلى وليه وإن كان عبداً دفع إلى سيده . وقال القاضي : يصح القبض من كل من يصح خلعه) .

أما كون الخلع يجوز من كل زوج يصح طلاقه حتى الذمي والسفيه والصبي المميز والعبد ؛ فلأن كل واحد منهم زوج يصح طلاقه . فصح خلعه بالقياس عليه بل أولى لأنه إذا صح البطلان بغير شيء ؛ فلأن يصح بشيءٍ بطريق الأولى .

وأما كون المال يدفع إلى ولي المخالع إذا كان محجورا عليه وإلى سيده إذا كان عبداً على المذهب ؛ فلأن كل واحد من المحجور عليه والعبد ليس أهلاً لقبض المال .

وأما كون قبضه يصح من كل من يصح خلعه على قول القاضي ؛ فلأنه يصح منه أحد ركني المعاوضة ، وهو العقد . فيصح منه قبض العوض الذي هو الركن الآخر قياساً لأحد الركنين على صاحبه .

قال صاحب النهاية فيها : والأول أصح ؛ لأن النظر له في صحة العقد دون قبضه .

---

(١) في أ: يقيم .

قال : (وهل للأب خلع زوجة ابنه الصغير أو طلاقها ؟ على روايتين . وليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها) .

أما كون الأب له خلع زوجة ابنه الصغير على روايةٍ ؛ فلأنه يصح أن يزوجه بعوض ؛ فلأن يصح أن يطلق عليه بعوض بطريق الأولى .

لا يقال التزويج إدخال ملك ، والخلع إخراج ملك ؛ لأن الأب كامل الشفقة فلا يفعل ذلك إلا والمصلحة لولده فيه .

وأما كون الأب ليس له ذلك على روايةٍ ؛ فلما ذكر من أن الخلع إخراج ملك . فلم يكن للأب ذلك ؛ كهبة ماله .

وأما كونه له طلاق زوجة ابنه الصغير على روايةٍ ؛ فلأن الصغير بمنزلة المعتوه في استحقاق الحجر . وقد روي عن ابن عمر «أنه طلق على ابن له معتوه» . رواه الإمام أحمد .

وأما كونه ليس له ذلك على روايةٍ ؛ فلأن النبي ﷺ قال : «الطلاقُ لمن أخذَ بالساق»[1] رواه ابن ماجة .

وعن عمر أنه قال : «إنما الطلاقُ بيد الذي يحلُّ له الفرج» .

ولأنه إسقاط لحقه . فلم يملكه ؛ كالإبراء من الدين وإسقاط القصاص .

ولأن طريقه الشهوة . فلم يدخل في الولاية .

وأما كونه ليس له خلع ابنته الصغيرة بشيء من مالها ؛ فلأن في ذلك تضييعاً لمالها ، وإسقاطاً لما يجب لها على الزوج من النفقة والكسوة وغير ذلك .

قال : (ويصح الخلع مع الزوجة ومع الأجنبي) .

أما كون الخلع يصح مع الزوجة ؛ فلما تقدم من الآية ، وحديث حبيبة بنت سهل مع زوجها ثابت بن قيس[2] .

وأما كونه يصح مع الأجنبي كقول أجنبي لزوج المرأة : طلق امرأتك بألف عليّ ؛ فلأنه بذل ماله في مقابلة إسقاط حق عن غيره . فصح ؛ كما لو قال :

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٨١) ١: ٦٧٢ كتاب الطلاق ، باب طلاق العبد .

(٢) سبق ذكره ص: ٧٤٥.

أعتقتك عبدك فلان ، أو قال : ألق متاعك في البحر وعليّ ثمنه : صح ولزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقاً عن أحد . فهاهنا أولى .

ولأنه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض . فجاز لغيرها ؛ كالدين .

قال : (ويصح بذل العوض فيه من كل جائز التصرف . فإن خالعت الأمة بغير إذن سيدها على شيء معلوم كان في ذمتها تُتبع به بعد العتق) .

أما كون بذل العوض في الخلع يصح من كل جائز التصرف ؛ فلأنه عقد معاوضة . فصح من كل جائز التصرف ؛ كسائر العقود .

وأما كون الأمة إذا خالعت بغير إذن سيدها على شيء معلوم يكون في ذمتها ؛ فلأن المخالع رضي بذلك .

فعلى هذا تتبع به بعد العتق ؛ كما لو استدان العبد غير المأذون له .

وأما كون ما ذكر في ذمتها مشعر بصحة خلع الأمة بغير إذن سيدها . وهو صحيح لأنه إذا صح الخلع مع الأجنبي ؛ فلأن يصح مع الزوجين بطريق الأولى .

فإن قيل : هذا إذا خالعها على شيء في الذمة ، أما إذا خالعها على عين في يدها .

قيل : هذا[1] إذا خالعها على شيء في الذمة . فأما إذا خالعها على عين فقال الخرقي : يثبت في ذمتها مثله أو قيمته إن لم يكن مثلياً لأنها لا تملك العين وما في يدها من شيء فهو لسيدها فيلزمها بذلها ؛ كما لو خالعها على عبد فخرج حراً أو مستحقاً .

وقال المصنف في المغني : قياس المذهب أنه لا شيء له لأنه إذا خالعها على عين وهو يعلم أنها أمة فقد علم أنها لا تملك العين فيكون راضياً بغير عوض فلا يكون له شيء ؛ كما لو قال : خالعتك على هذا المغصوب أو على هذا الحر . وقال : يمكن حمل كلام الخرقي على أنها ذكرت لزوجها أن سيدها أذن لها في الخلع بهذه العين و لم تكن صادقة أو جَهل أنها لا تملك العين ويكون اختياره فيما إذا خالعها على مغصوب أنه يرجع عليها بقيمته .

---

(١) زيادة يقتضيها السياق .

فإن قيل : هذا الحكم إذا خالعت الأمة بغير إذن سيدها فما الحكم إذا خالعت بإذنه؟

قيل : يصح ؛ لأنه إذا صح بغير إذنه . فلأن يصح بإذنه بطريق الأولى . ويتعلق بذمة السيد في قياس المذهب ؛ كما لو أذن لعبده في الاستدانة . ويحتمل أن يتعلق برقبتها لأنه من جناياتها .

قال : (وإن خالعته المحجور عليها لم يصح الخلع ووقع طلاقه رجعياً) .

أما كون خلع المحجور عليها لا يصح ؛ فلأنه تصرف في المال وليست من أهله لأن الولي ليس له الإذن في التبرعات .

والمراد بالمحجور عليها المحجور عليها لحظ نفسها كالصبية والسفيهة والمجنونة . فأما المفلسة فلا يصح بغير إذن غرمائها لأنها ممنوعة من التبرع لأجلهم ، ويصح بإذنهم لأنها من أهل التصرف . ولهذا يصح تصرفها في ذمتها . بخلاف المحجور عليها لحظ نفسها .

وأما كون طلاق المخالع يقع رجعياً ؛ فلأنه طلاق لا عوض فيه . فوجب وقوعه رجعياً ؛ لسلامته عما ينافيه .

ولا بد أن يلحظ في الخلع المذكور أنه وقع بلفظ الطلاق أو أنه نوى به ذلك لأن ذلك طلاق وإن وقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولم ينو الطلاق فهو كالخلع بغير عوض وسيأتي حكمه .

وقال المصنف في المغني : ويحتمل أن لا يقع الخلع هاهنا لأنه إنما رضي به بعوض ولم يحصل له ولا أمكن الرجوع في بدله .

ولا بد أن يلحظ في الطلاق أنه بغير الثلاث فإن كان بالثلاث لم يقع رجعياً لأن الثلاث لا رجعة معها .

قال : (والخلع طلاق بائن ؛ إلا أن يقع بلفظ الخلع أو الفسخ أو المفاداة ولا ينوي به الطلاق فيكون فسخاً لا ينقص به عدد الطلاق في إحدى الروايتين ، وفي الأخرى : هو طلاق بائن بكل حال) .

أما كون الخلع طلاقاً إذا لم يقع بأحد الألفاظ المذكورة قبلُ فلا خلاف فيه لوجود صريحه أو كنايته المقترنة بالنية .

وأما كونه بائناً ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿فيما افتدت به﴾ [البقرة :٢٢٩] وإنما يكون فداء إذا خرجت من قبضته وسلطانه ، ولو لم يكن بائناً لكانت له الرجعة وكانت تحت حكمه وقبضته .

ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة . فلو جازت الرجعة لعاد الضرر .

وأما كونه طلاقاً إذا وقع بغير الألفاظ المذكورة قبل ونوى به الطلاق ؛ فلأنه كناية نوى به الطلاق . فكان طلاقاً ؛ كما لو كان بغير عوض .

وأما كونه فسخاً إذا وقع بأحد الألفاظ الثلاثة التي ذكرها المصنف ولم ينو طلاقاً في روايةٍ ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿الطلاق مرتان﴾ [البقرة :٢٢٩] ، وقال : ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة :٢٢٩] ثم قال : ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعدُ حتى تنكح زوجاً غيره﴾ [البقرة :٢٣٠] ذكر تطليقتين والخلع وطلقة بعدها فلو كان الخلع طلاقاً لكان أربعاً .

ولأنه فرقة خلت عن صريح الطلاق ونيته . فكانت فسخاً ؛ كسائر الفسوخ .

فعلى هذا لا ينقص به عدد الطلاق .

وأما كونه طلاقاً أيضاً في روايةٍ ؛ فلأنها بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التي يملك الزوج إيقاعها هي الطلاق دون الفسخ . فوجب أن يكون طلاقاً .

ولأنه أتى بكناية الطلاق قاصداً فراقها . فكان طلاقاً ؛ كغير الخلع .

فعلى هذا ينقص به عدد الطلاق ، ويكون بائناً بكل حال ؛ لأن هذا شأن الخلع إذا كان طلاقاً .

وفائدة الاختلاف : الاعتداد بالواقع : فإن قيل : هو طلاق وخالعها ثلاثاً لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره . وإن قيل : هو فسخ كانت حلالاً له من غير زوج آخر .

قال : (**ولا يقع بالمعتدة من الخلع طلاق ولو واجهها به . وإن شرط الرجعة في الخلع لم يصح الشرط في أحد الوجهين ، وفي الآخر : يصح الشرط ويبطل العوض**) .

أما كون المعتدة من الخلع لا يقع بها طلاق وإن واجهها به ؛ فلأنه قول ابن عباس وابن الزبير ولا يعرف لهما مخالف في عصرهما .

ولأنها لا تحل له إلا بنكاح جديد . فلم يلحقها طلاقه ؛ كالمطلقة قبل الدخول .

وأما كون شرط الرجعة في الخلع لا يصح في وجهٍ ؛ فلأنه ينافي مقتضى العقد .

ولأن الخلع لفظ مقتض للبينونة . فإذا شرطت الرجعة معه بطل الشرط ؛ كالطلاق الثلاث .

واقتضاء المصنف على أن الشرط لا يصح دليلٍ على تصحيح الخلع . وصرح به في المغني ؛ لأن الخلع لا يفسد بكون عوضه فاسداً . فلم يفسد بفساد شرطه ؛ كالنكاح .

وأما كونه يصح الشرط ويبطل العوض في وجهٍ ؛ فلأن شرط العوض والرجعة يتنافيان . فإذا شرطهما سقطا وبقي مجرد الطلاق ، وتثبت الرجعة بالأصل لا بالشرط .

ولأنه شرط في العقد ما ينافي مقتضاه . فأبطله ؛ كما لو شرط أن لا يتصرف في المبيع .

فإن قيل : إذا صححت العقد وأبطلت الشرط ماذا يجب له؟

قيل : المسمى في عقد النكاح لأن المسمى في عقد الخلع سقط لأنه لم يرض به عوضاً حتى ضم إليه الشرط . فإذا سقط الشرط وجب ضم النقصان الذي نقص من أجله إليه فيصير محمولاً . ويحتمل أن يجب المسمى في عقد الخلع لأنهما تراضيا به عوضاً . فلم يجب غيره ؛ كما لو خلا عن شرط الرجعة .

فصل [في اشتراط العوض في الخلع]

قال المصنف رحمه الله تعالى: (ولا يصح الخلع إلا بعوض في أصح الروايتين. فإن خالعها بغير عوض لم يقع. إلا أن يكون طلاقاً فيقع رجعياً، والأخرى: يصح بغير عوض. اختارها الخرقي).

أما كون الخلع لا يصح إلا بعوض في روايةٍ؛ فلأن العوض ركن في عقد الخلع. فلم يصح إلا به؛ كالثمن في المبيع.

وأما كونه إذا خالعها بغير عوض لا يقع إذا لم يكن طلاقاً؛ فلأن الشيء إذا لم يكن صحيحاً لم يترتب عليه شيء. دليله البيع وغيره، ووقوعه موجب لترتيب الأحكام عليه.

وأما كونه يقع رجعياً إذا كان طلاقاً؛ فلأنه طلاق دون ثلاث لا عوض فيه. فكان رجعياً؛ كغيره.

وأما كونه يصح بغير عوض في روايةٍ فكالطلاق.

ولأن الأصل في مشروعية الخلع أن توجد من المرأة رغبة عن زوجها وحاجة إلى فراقه فتسأله فراقها. فإذا أجابها حصل المقصود من الخلع؛ كما لو كان بعوض.

فعلى هذا لو خالعها بغير عوض وقع طلاقاً في مواضع الطلاق وفسخاً في مواضع الفسخ. وقد تقدم ذكر ذلك كله.

وأما كون الأولى أصح في المذهب؛ فلما تقدم.

ولأن الخلع إن كان فسخاً فالزوج لا يملك الفسخ إلا لعيب. بدليل ما لو قال: فسخت النكاح ولم ينو الطلاق فإنه لا يقع به شيء. بخلاف ما إذا دخله العوض فإنه يصير معاوضة. فلم يجتمع له العوض والمعوض. وإن كان طلاقاً

فليس بصريح منه اتفاقاً وإنما هو كناية ، والكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية أو بدلها ولم توجد في واحد منهما .

فإن قيل : إذا لم ينو في الخلع الذي فيه عوض لم توجد النية ولا بدلها .

قيل : بلى ؛ لأن العوض قائم مقام النية .

قال : (ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها . فإن فعل كره وصح . وقال أبو بكر : لا يجوز وترد الزيادة) .

أما كون المخالع لا يستحب له أن يأخذ من امرأته أكثر مما أعطاها ؛ فـ « لأن النبي ﷺ أمر ثابت بن قيس أن يأخذَ من زوجته حديقتهُ ولا يزداد »[(1)] رواه ابن ماجة .

وأدنى أحوال ذلك عدم الاستحباب .

وأما كونه إذا فعل ذلك يكره ؛ فـ « لأن النبي ﷺ كرهَ أن يأخذَ من المختلعةِ أكثرَ مما أعطاها »[(2)] . رواه أبو حفص بإسناده .

وكان في قول المصنف : ويكره أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها : غنية عن قوله : ولا يستحب أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وعن قوله : كره ؛ لأنه لا يلزم من الكراهة عدم الاستحباب .

وأما كونه يصح على المذهب ؛ فلأن الله تعالى قال : ﴿فلا جناح عليهما فيما افتدت به﴾ [البقرة : ٢٢٩] .

وعن الرُّبيِّع بنت معوذ أنها قالت : « اختلعتُ من زوجي بما دونَ عقاص رأسي . فأجاز ذلك علي وعثمان رضي الله عنهما »[(3)] .

ويروى عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهما أنهما قالا : « لو اختلعت امرأة من زوجها بميراثها وعقاص رأسها لكان ذلك جائزًا »[(4)] .

---

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه (٢٠٥٦) ١: ٦٦٣ كتاب الطلاق ، باب المختلعة تأخذ ما أعطاها .

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه ٣: ٢٥٥ كتاب النكاح، باب المهر.
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٣١٤ كتاب الخلع والطلاق، باب الوجه الذي تحل به الفدية.

(٣) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١١٨٥٠) ٦: ٥٠٤ كتاب الطلاق ، باب المفتدية بزيادة على صداقها .
وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى ٧: ٣١٥ كتاب الخلع والطلاق ، باب الوجه الذي تحل به الفدية .

(٤) أخرجه عبدالرزاق في مصنفه (١١٨٥٣) ٦: ٥٠٥ الموضع السابق. وأخرجه البيهقي في الموضع السابق.

وأما كون ذلك لا يجوز على قول أبي بكر ؛ فـ «لأن النبي ﷺ أمرَ ثابت بن قيس أن لا يزداد »[1] . وأمره للوجوب ، وكَره للمختلع أن يأخذ أكثر مما أعطاها . وظاهره التحريم .

ولأنه مال في مقابلة فسخ . فلم تجز الزيادة على مقداره في ابتداء العقد ؛ كالعوض في الإقالة .

فعلى هذا ترد الزيادة لأنها غير جائزة .

قال : (**وإن خالعها بمحرمٍ كالخمر والخنزير فهو كالخلع بغير عوض . وإن خالعها على عبد فبان حراً أو مستحقاً فله قيمته عليها ، وإن بان معيباً فله أرشه أو قيمته ويرده**) .

أما كون الخلع على محرم كالخلع بغير عوض ؛ فلأن الخلع على ذلك مع العلم بتحريمه يدل على رضى فاعله بغير شيء .

فإن قيل : هلا يصح الخلع ويجب مهر المثل ؛ كما لو تزوجها على ذلك؟

قيل : خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم . فإذا رضي بغير عوض لم يكن له شيء ؛ كما لو طلقها أو علق طلاقها على فعل فعلته . وفارق النكاح بأن دخول البضع في ملك الزوج متقوم .

وأما كون الزوج له قيمة العبد على المرأة إذا خالعها على عبد فبان حراً أو مستحقاً ؛ فلأن ذلك عين يجب تسليمها مع سلامتها . فوجب بدلها مع تعذرها ؛ كالمغصوب .

وأما كونه له أرشه أو قيمته ويرده إذا بان معيباً ؛ فلأن الحكم كذلك في الصداق . فكذلك هاهنا .

قال : (**وإن خالعها على رضاع ولده عامين أو سكنى دار : صح . فإن مات الولد أو خربت الدار رجع بأجرة باقي المدة**) .

أما كون الخلع على رضاع ولده عامين وسكنى دار يصح ؛ فلأن ذلك مما يصح المعاوضة عليه في غير الخلع . ففي الخلع بطريق الأولى .

---

(١) سبق تخريجه قريباً.

وأما كون المخالع يرجع بباقي أجرة المدة إذا مات الولد أو خربت الدار ؛ فلأنه تعذر استيفاء المعقود عليه . فوجب الرجوع بباقي أجرة المدة ؛ كما لو أجره دابة شهراً بعشرة ثم ماتت في نصفه .

قال : (وإن خالع الحامل على نفقة عدتها صح وسقطت) .

أما كون الخلع المذكور يصح ؛ فلأن نفقة الحامل مقدرة واجبة بالشرع . فصح الخلع عليها ؛ كالخلع على الرضاع .

وأما كون النفقة تسقط ؛ فلأنها صارت مستحقة له .

فصل [في الخلع بمجهول]

قال المصنف رحمه الله تعالى : (**يصح الخلع بالمجهول . وقال أبو بكر : لا يصح والتفريع على الأول**) .

أما كون الخلع بالمجهول يصح على المذهب ؛ فلأن الطلاق معنى يصح تعليقه بالشرط . فجاز أن يستحق به العوض المجهول ؛ كالوصية .

ولأن الخلع إسقاط لحقه من البضع وليس فيه تمليك شيء ، والإسقاط تدخله المسامحة . ولذلك جاز بغير عوض على روايةٍ .

وأما كونه لا يصح على قول أبي بكر ؛ فلأنه معاوضة . فلم يصح بالمجهول ؛ كالبيع .

وأما كون التفريع على الأول ؛ فلأنه المذهب .

والفرق بينه وبين البيع أن البيع لا يصح بغير ثمن رواية واحدة . بخلاف الخلع فإنه يصح بغير عوض في روايةٍ .

قال : (**فإذا خالعها على ما في يدها من الدراهم أو ما في بيتها من المتاعٍ فله ما فيهما . فإن لم يكن فيهما شيء فله ثلاثة دراهم وأقل ما يسمى متاعاً ، وقال القاضي : يرجع عليها بصداقها في مسألة المتاع**) .

أما كون المخالع على ما في يد امرأته من الدراهم أو ما في بيتها من المتاع له ما فيهما إذا كان فيهما شيء ؛ فلأن ذلك هو المخالَع عليه . وجهالته لا تضر ؛ لأن التفريع على صحة الخلع بالمجهول .

فإن قيل : يستحق ما في اليد وإن كان أقل من ثلاثة دراهم .

قيل : ظاهر كلام المصنف هنا يقتضي ذلك .

وقال في المغني : فيه احتمالان : أحدهما ذلك لأنه الذي في اليد ، والثاني : يستحق ثلاثة كاملة لأن اللفظ يقتضيها .

وأما كونه له ثلاثة دراهم وأقل ما يسمى متاعاً إذا لم يكن فيهما شيء على المذهب ؛ فلأن ذلك أقل ما يقع عليه اسم الدراهم والمتاع حقيقة .

وأما كونه يرجع عليها بصداقها في مسألة المتاع على قول القاضي ؛ فلأنها فوتت عليه البضع ولم يحصل له العوض بجهالته . فوجب عليها قيمة ما فوتت ، وهو الصداق .

قال : (**وإن خالعها على حمل أمتها أو ما تحمل شجرتها فله ذلك فإن لم يحملا فقال أحمد : ترضيه بشيء ، وقال القاضي : لا شيء له**) .

أما كون المخالع المذكور له ما تحمل الأمة والشجرة ؛ فلأنه المخالع عليه ، وكونه معدوماً لا أثر له لأنه يجوز مجهولاً لما تقدم . فكذا يجوز أن يكون معدوماً .

فإن قيل : قول المصنف : على حمل أمتها يحتمل أنه أراد على حمل أمتها الموجودة . فلم حملته على الحمل الحادث؟

قيل : لوجوه : أحدها : أن قوله بعد : فإن لم يحملا ينفي إرادة الموجود .

وثانيها : أنه هكذا ذكره في المغني .

وثالثها : أنه إذا حمل على الموجود يوهم الفرق بين مسألة الأمة وبين مسألة حمل الشجرة ولا فرق بينهما .

وأما كون المختلعة ترضي المخالع بشيء فيما إذا لم يحملا ؛ فلأن لا يخلو الخلع عن عوض .

قال المصنف في المغني : يحتمل قول أحمد : ترضيه بشيء أن له أقل ما يقع عليه اسم الثمرة أو الحمل . فتعطيه عن ذلك شيئاً أي شيء كان ؛ مثل ما ألزمناه في مسألة المتاع لأن ذلك في معناه .

وأما كونه لا شيء له على قول القاضي ؛ فلأنه رضي بالحمل ولا حمل .

وقال المصنف في المغني : لم يخالف القاضي الإمام أحمد بل تأول قوله : ترضيه بشيء على الاستحباب لأنه لو كان واجباً لقدره بتقدير يرجع إليه .

فإن قيل : يلزم القاضي الفرق بين هاتين المسألتين وبين مسألتي الدراهم والمتاع .

قيل : نعم . والفرق بينهما أن المرأة في مسألة الدراهم والمتاع أوهمته أن معها دراهم وفي بيتها متاعاً لأنها خاطبته بلفظ يقتضي الوجود مع إمكان علمها به فكان له ما دل عليه لفظها إذا لم يكن في بيتها ولا يدها شيء ؛ كما لو خالعته على عبد فوجد حراً . بخلاف هاتين المسألتين فإنها لم توهمه بل دخلت معه في العقد مع تساويهما في العلم في الحال ورضاهما بما فيه من الاحتمال . فلم يكن له شيء غيره ؛ كما لو قال : خالعتك على هذا الحر .

قال : (**وإن خالعها على عبد فله أقل ما يسمى عبداً ، وإن قال : إن أعطيتني عبداً فأنت طالق طلقت بأي عبد أعطته طلاقاً بائناً وملك العبد . نص عليه ، وقال القاضي : يلزمها عبد وسط فيهما**) .

أما كون المخالع على عبد له أقل ما يسمى عبداً على قول غير القاضي ؛ فلأن العبد مسمى مجهول . فكان له أقل ما يسمى عبداً ؛ كما لو خالعها على دراهم .

وأما كون المرأة تطلق بأي عبد أعطته ؛ فلأن الشرط عطية عبد وقد وجد .

وأما كون الطلاق بائناً ؛ فلأنه طلاق فيه عوض .

وأما كون المخالعة تملك العبد ؛ فلأنه عوض خروج البضع من ملكه .

وأما كون المرأة يلزمها عبد وسط في مسألتي قوله : وإن خالعها على عبد وقوله : إن أعطيتني عبداً على قول القاضي فبالقياس على الصداق .

قال : (**وإن قال : وإن أعطيتني هذا العبد فأنت طالق فأعطته إياه طلقت . وإن خرج معيباً فلا شيء له ، وإن خرج مغصوباً لم يقع الطلاق . وعنه : يقع وله قيمته وكذلك في التي قبلها**) .

أما كون المقول لها ما ذكر تطلق إذا أعطت العبد للقائل ؛ فلأن الزوج شرط في طلاقها أن تعطيه العبد المشار إليه وقد أعطته إياه . فوجب أن يطلق ؛ لتحقق شرطه .

وأما كونه لا شيء له إذا خرج معيباً ؛ فلأن الشرط عطية العبد المشار إليه وقد وجدت .

ولأنه لو وجب أرش العيب للزمها شيء لم تلتزم به .

وأما كون الطلاق لا يقع إذا خرج مغصوباً على المذهب ؛ فلأن العطية إنما تتناول ما يصح تمليكه ، وما لا يصح تمليكه لا يكون معطيه له فإذاً لم يوجد شرط الطلاق .

وأما كونه يقع على روايةٍ ؛ فلأنه إذا عينه فقد قطع اجتهادها فيه فإذا أعطته إياه وجب تحقق الشرط . فيقع الطلاق ؛ لتحققه .

فعلى هذا له قيمته لأنه فات عليه عين العبد لكونه مستحقاً للغير فوجب له بدله وهو القيمة .

والصحيح أنه لا يقع الطلاق ولا يستحق القيمة ؛ لأن معنى العطية المتبادر إلى الفهم التمكين من تملكه . بدليل ما لو قال : إن أعطيتني عبداً فأنت طالق فإنها لا تطلق بعطية المغصوب .

ولأن العطية هنا التمليك . بدليل حصوله فيما إذا كان العبد مملوكاً لها .

وأما قول المصنف : وكذلك في التي قبلها : فمعناه أن الرواية المذكورة في التي قبلها تجيء هنا أيضاً لأنهما سواء معنى فكذا يجب أن تكون حكماً .

قال : (وإن قال : إن أعطيتني ثوباً هروياً فأنت طالق فأعطته مروياً لم تطلق . وإن خالعته على هروي فبان مروياً فله الخيار بين رده وإمساكه . وعند أبي الخطاب : ليس له غيره إن وقع الخلع على عينه) .

أما كون المختلعة لا تطلق فيما إذا قال : إن أعطيتني ... إلى آخره ؛ فلأن الشرط عطية ثوب هروي ولم يوجد ؛ لأن المروي ليس بهروي .

وأما كون المخالع له الخيار بين رد المروي وإمساكه فيما إذا خالعته على هروي في الذمة فبان مروياً ؛ فلأن المروي ليس من نوع الهروي وإنما هو من جنسه . فالرد لأنه غير المعقود عليه ، والإمساك لأنه من الجنس .

وأما كونه له الخيار المذكور فيما إذا خالعته على هروي بعينه فخرج مروياً على المذهب ؛ فلأن مخالفة الصفة بمنزلة العيب . وقد تقدم أن المخالع له الخيار إذا ظهر الذي وقع عليه العقد معيباً . فكذلك فيما هو بمنزلته .

وأما كونه ليس له غيره عند أبي الخطاب ؛ فلأن الخلع واقعٌ على عينه .

فإن قيل : كيف اقتضى قول المصنف الخلع في الذمة ، وقوله : فبان مروياً مشعر بأن الخلع واقع على العين .

قيل : اللفظ الأول وإن أشعر بذلك إلا أن اشتراطه وقوع الخلع على عينه عند أبي الخطاب بنفسه ، ويؤذن بأن الكلام الأول عام إذ لو كان خاصاً بالخلع على غير الثوب لم يكن في اشتراط وقوع الخلع على الغير عند أبي الخطاب فائدة .

فصل

قال المصنف رحمه الله تعالى : **(إذا قال : إن أعطيتني ، أو إذا أعطيتني ، أو متى أعطيتني ألفاً فأنت طالق : كان على التراخي أيَّ وقت أعطته ألفاً طلقت)** .

أما كون ذلك كله على التراخي ؛ فلأن ذلك يقتضي التراخي في غير الخلع فكذلك في الخلع . وتحريره أن يقال : علق الطلاق بشرط الإعطاء . فكان على التراخي ؛ كسائر التعليق . أو يقال : علق الطلاق بحرف مقتضاه التراخي . فكان على التراخي ؛ كسائر التعليق ؛ كما لو خلا عن العوض .

وأما كونها تطلق إذا أعطته الألف أي وقت كان ؛ فلأن ذلك شأن التراخي .

قال : **(وإن قالت له : اخلعني بألف ، أو على ألف ، أو طلقني بألف ، أو على ألف ففعل : بانت واستحق الألف)** .

أما كون القائلة لما ذكر تبين إذا فعل الزوج ما سألته ؛ فلأنه أجابها إلى ما سألته من الخلع الموجب للبينونة .

فإن قيل : ما معنى قوله : ففعل؟

قيل : أن يقول : خلعتك بألف أو على ألف في جواب اخلعني ، وأن يقول : طلقت بألف أو على ألف في جواب طلقني .

وأما كون الزوج الفاعل لما ذكر يستحق الألف ؛ فلأنه فعل ما جعل الألف في مقابلته .

قال : (وإن قالت : طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً استحقها . وإن قالت : طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يستحق شيئاً . ويحتمل أن يستحق ثلث الألف . وإن لم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة ففعل استحق الألف علمت أو لم تعلم . ويحتمل أن لا يستحق إلا ثلثه إذا لم تعلم) .

أما كون الزوج يستحق الألف إذا قالت الزوجة : طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً ؛ فلأنه فَعَل ما سألته وزيادة لأن الثلاث واحدة واثنتان . وكذلك لو قال : طلقي نفسك ثلاثاً فطلقت نفسها واحدة وقع . فيستحق العوض بالواحدة وما وقع من الزيادة التي لم تبذل العوض لأجلها لا يستحق بها شيئاً .

وأما كونه لا يستحق شيئاً على المذهب إذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة ؛ فلأنها بذلت العوض في مقابلة شيء لم يجبها إليه . فلم يستحق شيئاً ؛ كما لو قال في المسابقة : من سبق إلى خمس إصابات [فله ألف][1] فسبق إلى بعضها ، أو قالت : بعني عبديك بألف فقال : بعتك أحدهما بخمسمائة .

وأما كونه يحتمل أن يستحق ثلث الألف ؛ فلأنها استدعت منه فعلاً بعوض . فإذا فعل بعضه استحق بقسطه من العوض ؛ كما لو قال : من رد عبيدي فله ألف درهم فرد ثلثهم . فإنه يستحق ثلث الألف .

وأما كونه يستحق الألف إذا لم يكن بقي من طلاقها إلا واحدة ففعلها ؛ فلأن الواحدة التي فعلها كملت الثلاث وحصلت ما يحصل من الثلاث من البينونة وتحريم العقد . فوجب العوض ؛ كما لو طلقها ثلاثاً .

وأما كونه علمت أو لم تعلم فتنبيه على التسوية بينهما على المذهب نظراً إلى تحصيل ما ذكر .

وأما كونه يحتمل أن لا يستحق إلا ثلثه إذا لم تعلم ؛ فلأنها بذلت العوض في مقابلة الثلاث ولم توجد . بخلاف ما إذا كانت عالمة . فإن معنى كلامها كمّل لي الثلاث .

---

(١) زيادة من المغني ٧:٢٦٢، ط دار الكتب.

قال : (وإن كان له امرأتان مكلفة وغير مكلفة فقال : أنتما طالقتان بألف إن شئتما فقالتا : قد شئنا : لزم المكلفة نصف الألف وطلقت بائناً ، ووقع الطلاق بالأخرى رجعياً ولا شيء عليها) .

أما كون المكلفة يلزمها نصف الألف ؛ فلأنه أضاف الألف إليهما على السواء . فاقتضى أن يكون الألف يقسط على قدر مهر كل واحدة منهما . وعلى قول أبي بكر يكون ذلك عليهما نصفين .

وأما كونها تطلق بائناً ؛ فلأنه طلاق بعوض .

وأما كون الأخرى يقع بها الطلاق رجعياً ؛ فلأن بذلها للعوض لا يصح لكونها غير مكلفة وإذا لم يصح بذلها للعوض كان الطلاق بلا عوض وذلك يكون رجعياً .

فإن قيل : غير المكلفة تشمل الصغيرة والمجنونة ومشيئتهما غير صحيحة ، والطلاق مشروط بمشيئة الزوجتين معاً . فيجب أن لا يقع الطلاق بواحدة منهما ، ولا يلزم المكلفة شيء . وقد صرح المصنف بذلك في المغني .

قيل : مراده بغير المكلفة المميزة ومشيئتها صحيحة . صرح به في المغني أيضاً . وكذلك ألحقه بعض من أذن له في ذلك في بعض النسخ .

فإن قيل : أي شيء يدل على صحة مشيئة المميزة؟

قيل : الغلام إذا بلغ التمييز خير بين أبويه والجارية في معناه فيكون ذلك محلاً للمشيئة ودالاً على صحتها .

وأما كونها لا شيء عليها ؛ فلما تقدم من أن بذلها للعوض لا يصح .

ولأن طلاقها وقع رجعياً وذلك ينافي لزوم شيء .

قال : (وإن قال لامرأته : أنت طالق وعليك ألف طلقت ولا شيء عليها . وإن قال : على ألف أو بألف فكذلك . ويحتمل أن لا تطلق حتى تختار فيلزمها الألف) .

أما كون امرأة القائل لها : أنت طالق وعليك ألف : تطلق ؛ فلأن زوجها أتى بصريح الطلاق .

وأما كونها لا شيء عليها ؛ فلأنه لم يجعل العوض في مقابلة الطلاق ولا شرطا فيه ، وإنما عطف ذلك على طلاقها . أشبه ما لو قال : أنت طالق وعليك الحج .

وأما كون قوله : على ألف أو بألف كذلك على المذهب ؛ فلأنه أوقع الطلاق غير معلق بشرط وجعل عليه عوضاً لم تبذله . فوقع رجعياً من غير عوض ؛ كما لو قال : أنت طالق وعليك ألف .

ولأن على ليست للشرط ولا للمعاوضة وكذلك لا يصح أن يقول : بعتك ثوبي على دينار .

وأما كونه يحتمل أن لا تطلق حتى تختار وهو قول القاضي في المجرد ؛ فلأن تقديره إن ضمنتِ لي ألفاً أو إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق .

ولأن " على " تستعمل بمعنى الشرط . بدليل قوله تعالى : ﴿إني أُريد أن أُنكحك إحدى ابنتيّ هاتين على أن تأجرني﴾ [القصص: ٢٧] ، وقوله تعالى : ﴿فهل نجعلُ لك خرجاً على أن تجعل بيننا وبينهم سَدًّا﴾ [الكهف: ٩٤] ، وقوله تعالى : ﴿هل أَتَّبِعُكَ على أن تُعَلِّمن مما عُلِّمْتَ رُشْدًا﴾ [الكهف: ٦٦] .

ولو قال في النكاح : زوجتك ابنتي على صداق كذا صح ، فإذا وقع الطلاق بعوض لم يقع بدونه وجرى مجرى قوله : أنت طالق إن أعطيتني ألفاً ، أو ضمنت لي ألفاً .

وأما كونها يلزمها الألف على هذا الاحتمال ؛ فلأن التقدير ما تقدم ذكره ، وهو موجب لذلك .

فصل [إذا خالعته في مرض موتها]

قال المصنف رحمه الله تعالى : (**إذا خالعته في مرض موتها فله الأقل من المسمى أو ميراثه منها . وإن طلقها في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها لم تستحق أكثر من ميراثها . وإن خالعها وحاباها فهو من[1] رأس المال**) .

أما كون الزوج له الأقل من المسمى أو ميراث امرأته التي خالعته في مرض موتها ؛ فلأن ذلك لا تهمة فيه . بخلاف الأكثر منهما فإن الخلع إن وقع بأكثر من الميراث تطرقت إليه التهمة من قصد إيصالها إليه شيئاً من مالها بغير عوض على وجهٍ لم تكن قادرة عليه . وصار ذلك شبيهاً بما لو وصت له أو أقرت له . وإن وقع بأقل من الميراث فالباقي هو أسقط حقه منه . فلم يستحقه . فتعين استحقاق الأقل منهما .

وفي كونه له الأقل المذكور إشعار بصحة خلع المريضة في مرض موتها. وهو صحيح ؛ لأنه عقد معاوضة . فصح منها في مرض موتها ؛ كبيعها .

وأما كونها لا تستحق أكثر من ميراثها إذا طلقها الزوج في مرض موته وأوصى لها بأكثر من ميراثها ؛ فلأن الزائد على الميراث متهم فيه . فلم يستحقه ؛ لما تقدم .

وأما كون المحاباة في الخلع من رأس المال إن خالعها وحاباها ؛ فلأنه إذا جاز الطلاق بلا عوض . فلأن يجوز بعوض فيه محاباة بطريق الأولى .

---

(١) زيادة من المقنع .

قال : (وإذا وكل الزوجُ في خلع امرأته مُطْلَقاً فخالع بمهرها فما زاد : صح . وما نقص عن المهر رجع على الوكيل بالنقص ويحتمل أن يتخير بين قبوله ناقصاً وبين رده وله الرجعة) .

أما كون خلع الوكيل بالمهر يصح فيما إذا وكله في خلع امرأته مُطْلَقاً ؛ فلأن الإطلاق يقتضي الخلع بمهرها لأن ذلك بدل البضع ؛ كما أن إطلاق البيع يقتضي البيع بثمن المثل فإذا خالع به صح لأنه أتى بما اقتضاه الإطلاق . أشبه ما لو باع ما وكله في بيعه مطلقاً بثمن المثل .

وأما كونه يصح فيما إذا خالع بأزيد منه ؛ فلأنه زاده خيراً .

وأما كون الزوج يرجع على الوكيل بالنقص إذا خالع بأنقص على المذهب ؛ فلأن الخلع عقد معاوضة . أشبه البيع .

وأما كونه يحتمل أن يتخير بين قبوله ناقصاً وبين رده ؛ فلأن الحق له فإذا رضي بدونه وجب أن يصح .

وأما كونه له الرجعة إذا رده ؛ فلأن الطلاق قد وقع والعوض قد رد .

قال : (وإن عين له العوض فنقص منه لم يصح الخلع عند ابن حامد ، وصح عند أبي بكر . ويرجع على الوكيل بالنقص) .

أما كون الخلع المذكور لا يصح عند ابن حامد ؛ فلأن الوكيل خالف موكله . فلم يصح تصرفه ؛ كما لو وكله في خلع امرأته فخالع أخرى .

ولأنه لم يؤذن له في الخلع بهذا العوض . فلم يصح منه كالأجنبي .

وأما كونه يصح عند أبي بكر ؛ فلأن المخالفة في قدر العوض لا تبطل الخلع ؛ كحالة الإطلاق .

ولأن البيع يصح مع مخالفة الوكيل في مقدار الثمن . فكذلك في الخلع .

فعلى هذا يرجع بالنقص على الوكيل لما تقدم فيما إذا أطلق فخالع بدون مهرها .

فإن قيل : فأي القولين أصح؟

قيل : قول أبي بكر لأن الفرق ثابت بين المخالعة في تعيين المعقود معه وبين المخالعة في تعيين العوض ، وذلك كما أنه لو وكله في بيع عبده من زيد فباعه من

غيره لم يصح ، ولو وكله في بيعه بعشرة فباعه بأقل يصح وضمن الوكيل النقصان .

وقال المصنف في المغني : الأول أولى .

قال : (وإن وكلت المرأة في ذلك فخالع في مهرها فما دون ، أو بما عينته فما دون صح وإن زاد لم يصح . ويحتمل أن يصح وتبطل الزيادة) .

أما كون خلع الوكيل يصح إذا خالع بالمهر فما دون أو بما عينته فما دون ؛ فلأنه فعل اقتضاه الإطلاق أو خيراً منه ، أو ما اقتضاه بتعيينها أو خيراً منه .

وأما كونه لا يصح فيما إذا زاد على المذهب ؛ فلأنه خالعها في تعيينها أو فيما اقتضاه الإطلاق . فلم يصح ؛ كما لو وكلته في الخلع بدراهم فخالع بعروض .

وأما كونه يحتمل أن يصح ؛ فلأن المخالفة في القدر لا توجب البطلان دليله البيع ومخالفة الوكيل الزوج .

وأما كون الزيادة تبطل ؛ فلأن الموكِّلة ما التزمتها ولا أذنت فيها .

وفي بطلان الزيادة إشعار بأنها لا تلزم الوكيل . وفيه وجهان : أحدهما : أنه كذلك ؛ لأنه لم يقبل العقد لنفسه وإنما قبله لغيره .

والثاني : يلزم الوكيل ؛ لأنه التزمها للزوج . فلزمه الضمان ؛ كالمضارب إذا اشترى من يعتق على رب المال .

قال : (وإذا تخالعا تراجعا بما بينهما من الحقوق . وعنه : أنها تسقط) .

أما كون المتخالعان يتراجعان بما بينهما من الحقوق على المذهب ؛ فلأنه أحد نوعي الخلع . فلم يسقط به شيء ؛ كالطلاق .

وأما كونه يسقط على روايةٍ ؛ فلأن عقد الخلع يقتضي انخلاع كل واحد من صاحبه . ولو بقيت الحقوق كما كانت لبقي بينهما علقة . وذلك ينافي الانخلاع .

فعلى هذا إن خالعها قبل الدخول ولم تكن قبضت شيئاً من صداقها لم ترجع عليه ، وإن كانت قبضته لم يرجع عليها . وعلى الأول يرجع كل واحد بما يستحقه وهو الأصح .

فإن قيل : هل يشمل قول المصنف : وعنه أنها تسقط الحقوق التي لا تعلق لها بالنكاح كالديون ونحو ذلك؟

قيل : لا[1] ؛ لأن ذلك لا تعلق للخلع به .

ولا بد أن يُلحظ في الخلاف المذكور في التخالع أن يكون الخلع بغير لفظ الطلاق لأنه إذا كان بلفظ الطلاق لا يقتضي إسقاط شيء قولاً واحداً ؛ لأن لفظ الطلاق لا دلالة له على ذلك ولذلك قيس المذهب عليه .

(١) زيادة يقتضيها السياق .

فصل [إذا اختلفا في الخلع]

قال المصنف رحمه الله تعالى : (وإذا قال : خالعتك بألف فأنكرته ، أو قالت : إنما خالعت غيري : بانت . والقول قولها مع يمينها في العوض . وإن قالت : نعم لكن ضمنه غيري لزمها الألف) .

أما كون الزوجة تبين ؛ فلأن الزوج أقر بما يوجب ذلك لأنه ادعى الخلع وذلك يوجب البينونة .

وأما كون القول قولها مع يمينها في نفي العوض ؛ فلأنها منكرة لبذله ، والقول قول المنكر مع يمينه .

وأما كونها تلزمها الألف إذا قالت : نعم لكن ضمنه غيري ؛ فلأنها اعترفت باستحقاقه عليها لأن نعم صريح في الجواب .

ولأن وجوبه على غيرها بطريق الضمان يقتضي وجوبه عليها لأن الضامن فرع الأصل .

قال : (وإن اختلفا في قدر العوض أو عينه أو تأجيله فالقول قولها مع يمينها . ويتخرج أن القول قول الزوج . ويحتمل أن يتحالفا ويرجعا إلى المهر المسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى) .

أما كون القول قولها مع يمينها فيما تقدم ذكره على المذهب ؛ فلأن القول قولها في أصله . فكان كذلك في قدره وصفته .

ولأنها تنكر الزائد والتعيين والحلول ، والقول قول المنكر مع يمينه .

وأما كونه يتخرج أن القول قول الزوج ؛ فلأن البضع يخرج عن ملكه . فكان القول قوله في عوضه ؛ كالسيد مع مكاتبه .

وأما كونه يحتمل أن يتحالفا ويرجعا إلى المسمى أو مهر المثل إن لم يكن مسمى : أما التحالف ؛ فلأنه اختلاف في العقد . فشرع فيه التحالف ؛ كالبيع إذا اختلفا في الثمن .

وأما الرجوع إلى المسمى أو مهر المثل إن لم يكن ؛ فلأن البضع تلف بالخلع . فوجب الرجوع إلى البدل وهو ما ذكر ؛ كما لو تلف المبيع ووقع التحالف . فإنه يجب بدله وهو المثل أو القيمة .

قال : (**وإن علق طلاقها بصفة ثم خالعها فوجدت الصفة ثم عاد فتزوجها فوجدت الصفة : طلقت . نص عليه . ويتخرج أن لا تطلق بناء على الرواية في العتق . واختاره أبو الحسن التميمي . وإن لم توجد الصفة حال البينونة عادت رواية واحدة**) .

أما كون من علق طلاقها بصفة ثم خالعها ... إلى آخره ؛ مثل : أن يقول الرجل لزوجته : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم يخالعها ثم تدخل الدار ثم يتزوجها ثم تدخل الدار : تطلق على منصوص الإمام أحمد ؛ فلأن عقد الصفة ووقوعها وجدا في النكاح . فوقع الطلاق ؛ كما لو لم يتخلله بينونة .

فإن قيل : الصفة انحلت بالدخول حال البينونة ضرورة أن إنْ لا تقتضي التكرار .

قيل : إنما تنحل على وجهٍ تحنث به ؛ لأن اليمين حل وعقد ، والعقد يفتقر إلى الملك . فكذلك الحل ، والحنث لا يحصل بفعل الصفة حال البينونة فلا تنحل اليمين به .

وأما كونه يتخرج أن لا تطلق بناء على الرواية في العتق . وهي ما نقل عن الإمام أحمد أن الشخص لو قال لعبده : أنت حر إن دخلت الدار فباعه ثم اشتراه فإن رجع وقد دخل الدار لم يعتق .

ولأن الصفة إذا وجدت لا تعود في العتق . فكذلك في الطلاق . بل ذلك في الطلاق أولى لأن العتق يتشوف الشارع إلى وقوعه . بخلاف الطلاق .

وقال صاحب النهاية فيها : والأول أصح -يعني وقوع الطلاق- . وفرّق بين الطلاق والعتاق من حيث إن الأصل في الأبضاع الحرمة ، وفي الأموال العصمة .

فإذا تعارض دليلا الطلاق وجب وقوعه ؛ لأن الأصل حرمة الوطء . وإذا تعارض دليلا العتق وجب عدم وقوعه ؛ لأن الأصل عصمة الملك .

فإن قيل : لو طلقت بذلك لوقع الطلاق بشرط سابق على النكاح . ولا خلاف أنه لو قال لأجنبية : إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت لم تطلق . فكذلك يجب أن يكون هاهنا .

قيل : الفرق بين هذا وبين الأجنبية أن النكاح الثاني مبني على الأول في عدد الطلقات ، وسقوط اعتبار العدد . وبهذا فرّق صاحب المغني فيه بين الطلاق والملك .

وأما كون الصفة تعود رواية واحدة إذا لم توجد حال البينونة ؛ فلأن اليمين لم تنحل بكون الدخول في حال البينونة لم يوجد . فإذا وجدت الصفة بعد التزويج وجب أن يعمل عليها ؛ كما لو لم تكن بينونة .

كتاب الطلاق

[1] وهو : حل قيد النكاح ، ويباح عند الحاجة إليه ، ويكره من غير حاجة، وعنه أنه يحرم. ويستحب إذا كان بقاء النكاح ضرراً.
ويصح من الزوج العاقل البالغ المختار، ويصح من الصبي العاقل ، وعنه لا يصح حتى يبلغ.
ومن زال عقله لسبب يعذر فيه ؛ كالنائم والمجنون والمغمى عليه والمبرسم لم يقع طلاقه ، وإن زال لسبب لا يُعذر فيه ؛ كالسكران.
ومن شرب ما يُزيل عقله لغير حاجة ففي صحة طلاقه روايتان. وكذلك يخرج في قتله وقذفه وسرقته وزناه وظهاره وإيلائه.
ومن أكره على الطلاق بغير حق لم يقع طلاقه ، وإن هدده بالقتل أو أخذ المال ونحوه قادر يغلب على الظن وقوع ما هدده به فهو إكراه. وعنه لا يكون مكرهاً حتى ينال بشيء من العذاب ؛ كالضرب والخنق وعصر الساق . اختارها الخرقي.
ويقع الطلاق في النكاح المختلف فيه كالنكاح بلا ولي عند أصحابنا، واختار أبو الخطاب : أنه لا يقع حتى يعتقد صحته.
وإذا وكل في الطلاق من يصح توكيله صح طلاقه، وله أن يطلق متى شاء إلا أن يحد له حداً ، ولا يطلق أكثر من واحدة إلا أن يُجعل إليه.
وإن وكل اثنين فيه فليس لأحدهما الانفراد به إلا بإذن ، وإن وكلهما في ثلاث فطلق أحدهما أكثر من الآخر وقع ما اجتمعا عليه.
وإن قال لامرأته : طلّقي نفسك فلها ذلك ؛ كالوكيل.
وإن قال لها : اختاري من ثلاث ما شئت لم يكن لها أن تختار أكثر من اثنتين.

---

(١) لا زال جزء من الشرح مفقوداً لم نقف عليه حتى الآن ، ويشمل الجزء المفقود الكتب التالية : كتاب الطلاق ، كتاب الرجعة ، كتاب الإيلاء ، كتاب الظهار ، كتاب اللعان ، كتاب العدد ، كتاب الرضاع ، كتاب النفقات . على أن تثبت في الطبعات القادمة بإذن الله في حالة العثور عليها . وقد أثبتنا المتن من كتاب المقنع .

باب سنة الطلاق وبدعته

السنة في الطلاق أن يطلقها واحدة في طهر لم يصبها فيه ثم يدعها حتى تنقضي عدتها، وإن طلق المدخول بها في حيضها أو طهر أصابها فيه فهو طلاق بدعة محرم ويقع. ويستحب رجعتها، وعنه أنها واجبة.

وإن طلقها ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه كُره ، وفي تحريمه روايتان. وإن كانت المرأة صغيرة أو آيسة أو غير مدخول بها أو حاملاً قد استبان حملها فلا سنة لطلاقها ولا بدعة إلا في العدد ، فإذا قال لها : أنت طالق للسنة ، أو قال : للبدعة طلقت في الحال واحدة.

وإن قال لمن لها سنة وبدعة : أنت طالق للسنة في طهر لم يصبها فيه طلقت في الحال، وإن كانت حائضاً طلقت إذا طهرت. وإن كانت في طهر أصابها فيه طلقت إذا طهرت من الحيضة المستقبلة.

وإن قال لها : أنت طالق للبدعة وهي حائض أو في طهر أصابها فيه طلقت في الحال ، وإن كانت في طهر لم يصبها فيه طلقت إذا أصابها أو حاضت.

وإن قال لها : أنت طالق ثلاثاً للسنة طلقت ثلاثاً في طهر لم يصبها فيه في إحدى الروايتين، وفي الأخرى تطلق فيه واحدة ، وتطلق الثانية والثالثة في طهرين في نكاحين إن أمكن.

وإن قال لها : أنت طالق في كل قرء طلقة وهي من اللائي لم يحضن لم تطلق حتى تحيض فتطلق في كل حيضة طلقة، وإن قلنا : الأقراء الأطهار فهل تطلق في الحال ؟ يحتمل وجهين. ويقع بها الباقي في الأطهار الباقية.

وإن قال لها : أنت طالق أحسن الطلاق وأجمله فهو كقوله : أنت طالق للسنة، وإن قال : أقبح الطلاق وأسمجه فهو كقوله : للبدعة إلا أن ينوي أحسن أحوالك وأقبحها أن تكوني مطلقة فيقع في الحال.

وإن قال : أنت طالق طلقة حسنة قبيحة طلقت في الحال.

باب صريح الطلاق وكنايته

وصريحه لفظ : الطلاق وما تصرف منه في الصحيح. وقال الخرقي : صريحه ثلاثة ألفاظ : الطلاق ، والفراق ، والسراح ، وما تصرف منهن. فمتى أتى بصريح الطلاق وقع نواه أو لم ينوه . وإن نوى بقوله : أنت طالق من وثاق ، أو أراد أن يقول : طاهر فسبق لسانه ، أو أراد بقوله : مُطلقة من زوج كان قبله لم تُطلق. وإن ادعى ذلك دُين ، وهل يُقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين إلا أن يكون في حال الغضب أو بعد سؤالها الطلاق فلا يُقبل.

وفيما إذا قال : أردت أنها مُطلقة من زوج قبلي وجه ثالث أنه يقبل إن كان وُجد وإلا فلا.

ولو قيل له : أطلقت امرأتك ؟ قال : نعم وأراد الكذب طلقت.

ولو قيل له : ألك امرأة ؟ قال : لا وأراد الكذب لم تطلق. ولو لطم امرأته أو أطعمها أو سقاها وقال : هذا طلاقك طلقت إلا أن ينوي أن هذا سبب طلاقك أو نحو ذلك.

وإن قال : أنت طالق أنت طالق ولا شيء ، أو ليس بشيء ، أو لا يلزمك طلقت. وإن قالت : أنت طالق أولاً أو طلق واحدةً أولاً لم يقع. ويحتمل أن يقع.

وإن كتب طلاق امرأته ونوى الطلاق وقع. وإن نوى تجويد خطه أو غمّ أهله لم يقع ، وهل تُقبل دعواه في الحكم ؟ يخرج على روايتين. وإن لم ينو شيئاً فهل يقع ؟ على وجهين.

وإن كتبه بشيء لا يتبين لم يقع، وقال أبو حفص : يقع.

وصريح الطلاق في لسان العجم : بهشتم فإن قاله العربي ولا يفهمه ، أو نطق العجمي بلفظ الطلاق ولا يفهمه لم يقع. وإن نوى موجبه فعلى وجهين.

فصل

والكنايات نوعان : ظاهرة ، وهي سبع : أنت خلية وبرية وبائن وبتة وبتلة وأنت حرمة وأنت الحرج، وخفية نحو : اخرجي واذهبي وذوقي وتجرعي وخليتك وأنت مخلاة وأنت واحدة ولست لي بامرأة واعتدي واستبري واعتزلي وما أشبهه . واختُلف في قوله : الحقي بأهلك ، وحبلك على غاربك ، وتزوجي من شئت، وحللت للأزواج ، ولا سبيل لي عليك، ولا سلطان لي عليك هل هي ظاهرة أو خفية ؟ على روايتين.

ومن شرط وقوع الطلاق : أن ينوي بها الطلاق إلا أن يأتيَ بها في حال الخصومة والغضب فعلى روايتين. وإن جاءت جواباً لسؤالها الطلاق فقال أصحابنا : يقع الطلاق. والأولى في الألفاظ التي كثر استعمالها بغير الطلاق نحو : اخرجي واذهبي وروحي أنه لا يقع بها طلاق حتى ينويه.

ومتى نوى بالكناية الطلاق وقع بالظاهرة ثلاث وإن نوى واحدة، وعنه يقع ما نواه، وعنه ما يدل على أنه يقع بها واحدة بائنة ، ويقع بالخفية ما نواه فإن لم ينو عدداً وقع واحدة.

وأما ما لا يدل على الطلاق نحو : كلي واشربي واقعدي واقربي وبارك الله عليك وأنت مليحة أو قبيحة فلا يقع بها طلاق وإن نوى. وكذا قوله : أنا طالق ، فإن قال : أنا منك طالق فكذلك ، ويحتمل أنه كناية.

وإن قال : أنا منك بائن أو حرام فهل هو كناية أو لا ؟ على وجهين.

وإن قالت : أنت عليّ كظهر أمي ينوي به الطلاق لم يقع وكان ظهاراً.

وإن قال : أنت عليّ حرام ، أو ما أحل الله عليّ حرام ففيه ثلاث روايات :

إحداهن : أنه ظهار وإن نوى الطلاق اختاره الخرقي.

والثانية : كناية ظاهرة.

والثالثة : هو يمين. فإن قال : ما أحل الله عليّ حرام أعني به الطلاق فقال أحمد رحمه الله : تطلق امرأته ثلاثاً ، وإن قال : أعني به طلاقاً طلقت واحدة، وعنه أنه ظهار فيهما.

وإن قال : أنت عليّ الميتة والدم وقع ما نواه من الطلاق والظهار واليمين فإن لم ينو شيئاً فهل يكون ظهاراً أو يميناً ؟ على وجهين.

وإن قال : حلفت بالطلاق وكذب لزمه إقراره في الحكم ولا يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى.

فصل

وإن قال لامرأته : أمرك بيدك فلها أن تطلق ثلاثاً وإن نوى واحدة وهو في يدها ما لم يفسخ أو يطأ فإن قال : اختاري نفسك لم يكن له أن تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك ، وليس لها أن تطلق إلا ما دامت في المجلس ولم يتشاغلا بما يقطعه إلا أن يجعل إليها أكثر من ذلك ، فإن جعل لها الخيار اليوم كله أو جعل أمرها بيدها فردته أو رجع فيه أو وطئها بطل خيارها هذا المذهب ، وخرج أبو الخطاب في كل مسألة وجهاً مثل حكم الأخرى. ولفظة الأمر والخيار كناية في حق الزوج تفتقر إلى نية فإن قبلته بلفظ الكناية نحو : اخترت نفسي افتقر إلى نيتها أيضا. وإن قالت : طلقت نفسي وقع من غير نية، وإن اختلفا في نيتها فالقول قولها، وإن اختلفا في رجوعه فالقول قوله.

وإن قال : طلقي نفسك فقالت : اخترت نفسي ونوت الطلاق وقع، ويحتمل أن لا يقع. وليس لها أن تطلق أكثر من واحدة إلا أن يجعل إليها أكثر منها. وإن قال : وهبتك لأهلك فإن قبلوها فواحدة وإن ردوها فلا شيء، وعنه إن قبلوها فثلاث وإن ردوها فواحدة، وكذلك إذا قال : وهبتك لنفسك.

باب ما يختلف به عدد الطلاق

يملك الحر ثلاث طلقات وإن كان تحته أمة، ويملك العبد اثنتين ولو كان تحته حرة، وعنه أن الطلاق بالنساء فيملك زوج الحرة ثلاثاً وإن كان عبداً، وزوج الأمة اثنتين وإن كان حراً. وإذا قال: أنت الطلاق أو الطلاق لي لازم ونوى الثلاث طلقت ثلاثاً وإن لم ينو شيئاً، أو قال: أنت طالق ونوى الثلاث ففيه روايتان إحداهما: تطلق ثلاثاً، والأخرى: واحدة.

وإن قال: أنت طالق واحدة ونوى ثلاثاً لم تطلق إلا واحدة في أحد الوجهين.

وإن قال: أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث طلقت ثلاثاً. وإن قال: أردت بعد المقبوضتين قُبل منه.

وإن قال: أنت طالق واحدة بل هذه ثلاثاً طلقت الأولى واحدة، والثانية ثلاثاً.

وإن قال: أنت طالق كل الطلاق أو أكثره، أو جميعه، أو منتهاه، أو طالق كألف، أو بعدد الحصى، أو القطر، أو الريح، أو الرمل، أو التراب، طلقت ثلاثاً وإن نوى واحدة، وإن قال: أشد الطلاق، أو أغلظه، أو أطوله، أو أعرضه، أو ملء الدنيا طلقت واحدة إلا أن ينوي ثلاثاً.

وإن قال: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث طلقت طلقتين، ويحتمل أن تطلق ثلاثاً.

وإن قال: أنت طالق طلقة في اثنتين ونوى طلقة مع طلقتين طلقت ثلاثاً. وإن نوى موجبه عند الحساب وهو يعرفه طلقت طلقتين وإن لم يعرفه فكذلك عند ابن حامد، وعند القاضي تطلق واحدة وإن لم ينو وقع بامرأة الحاسب طلقتان وبغيرها طلقة، ويحتمل أن تطلق ثلاثاً.

فصل

إذا قال : أنت طالق نصف طلقة ، أو نصفي طلقة ، أو نصف طلقتين ، طلقت طلقة.
وإن قال : نصفي طلقتين ، أو ثلاثة أنصاف ، طلقت طلقتين.
وإن قال : ثلاثة أنصاف طلقتين طلقت ثلاثاً، ويحتمل أن تطلق طلقتين.
وإن قال : نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة ، أو نصف وثلث وسدس طلقة طلقت طلقة.
وإن قال : نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة طلقت ثلاثاً.
وإن قال لأربع : أوقعت بينكن طلقة أو اثنتين أو ثلاثاً أو أربعاً وقع بكل واحدة طلقة، وعنه إذا قال : أوقعت بينكن ثلاثاً ما أرى إلا قد بنَّ منه ، واختاره القاضي رحمه الله.
وإن قال : أوقعت بينكن خمساً فعلى الأول يقع بكل واحدة طلقتان.

فصل

وإن قال : نصفك أو جزء منك أو أصبعك أو دمك طالق طلقت.

وإن قال : شعرك أو ظفرك أو سنك طالق لم تطلق. وإن أضافه إلى الريق والدمع والعرق والحمل لم تطلق.

وإن قال : روحك طالق طلقت. وقال أبو بكر رحمه الله تعالى : لا تطلق.

فصل فيما تخالف المدخول بها غيرها

إذا قال لمدخول بها : أنت طالق ، أنت طالق ، طلقت طلقتين إلا أن ينوي بالثانية التأكيد أو إفهامها.

وإن قال لها : أنت طالق فطالق ، أو ثم طالق ، أو بل طالق ، أو طالق طلقة بل طلقتين ، أو بل طلقة ، أو طالق طلقة بعدها طلقة ، أو قبل طلقة طلقت طلقتين ، وإن كانت غير مدخول بها بانت بالأولى ولم يلزمها ما بعدها.

وإن قال لها : أنت طالق طلقة قبلها طلقة فكذلك عند القاضي ، وعند أبي الخطاب تطلق اثنتين.

وإن قال لها : أنت طالق طلقة معها طلقة ، أو مع طلقة ، أو طالق وطالق طلقت طلقتين، والمعلّق كالمنجز في هذا فلو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق ، أو طالق طلقة معها طلقة ، أو مع طلقة فدخلت طلقت طلقتين ، ولو قال : إن دخلت فأنت طالق فطالق ، أو ثم طالق فدخلت طلقت طلقة واحدة إن كانت غير مدخول بها ، واثنتين إن كانت مدخولاً بها.

وإن قال : إن دخلت فأنت طالق ، إن دخلت فأنت طالق فدخلت طلقت اثنتين بكل حال.

باب الاستثناء في الطلاق

حكي عن أبي بكر رحمه الله تعالى أنه قال : لا يصح الاستثناء في الطلاق والمذهب على أنه يصح استثناء ما دون النصف ، ولا يصح فيما زاد عليه وفي النصف وجهان، فإذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت اثنتين.

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً ، أو ثلاثاً إلا اثنتين ، أو خمساً إلا ثلاثاً ، أو ثلاثاً إلا ربع طلقة طلقت ثلاثاً.

وإن قال : أنت طالق طلقتين إلا واحدة فعلى وجهين.

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة فهل تطلق ثلاثاً أو اثنتين ؟ على وجهين.

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة ، أو طالق وطالق وطالق إلا واحدة ، أو طلقتين وواحدة إلا واحدة ، أو طلقتين ونصفاً إلا طلقة طلقت ثلاثاً ، ويحتمل أن يقع طلقتان.

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً واستثنى بقلبه إلا واحدة وقعت الثلاث.

وإن قال : نسائي طوالق واستثنى واحدة بقلبه لم تطلق.

باب الطلاق في الماضي والمستقبل

إذا قال لامرأته : أنت طالق أمس ، أو قبل أن أنكحك ينوي الإيقاع وقع وإن لم ينو لم يقع في ظاهر كلامه. وقال القاضي رحمه الله : يقع. وحكى عن أبي بكر : لا يقع إذا قال : أنت طالق أمس ، ويقع إذا قال : قبل أن أنكحك . وإن قال : أردت أن زوجها قبلي طلقها أو طلقتُها أنا في نكاح قبل هذا قُبل منه إذا احتمل الصدق في ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه .

وإن مات أو جنّ أو خرس قبل العلم بمراده فهل تطلق ؟ على وجهين .

وإن قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر فقدم قبل مضي الشهر لم تطلق ، وإن قدم بعد شهر وجزء يقع فيه الطلاق تبينا وقوعه فيه .

وإن خالعها بعد اليمين بيوم وكان الطلاق بائناً ثم قدم زيد بعد الشهر بيومين صح الخلع وبطل الطلاق ، وإن قدم بعد شهر وساعة وقع الطلاق دون الخلع .

وإن قال : أنت طالق قبل موتي طلقت في الحال .

قال : وإن قال : بعد موتي أو مع موتي لم تطلق .

وإن تزوج أمة أبيه ثم قال : إذا مات أبي أو اشتريتك فأنت طالق فمات أبوه أو اشتراها لم تطلق، ويحتمل أن تطلق ، فإن كانت مدبّرة فمات أبوه وقع الطلاق والعتق معاً.

فصل

وإن قال : أنت طالق لأشربن الماء الذي في الكوز ولا ماء فيه ، أو لأقتلن فلاناً الميت ، أو لأصعدن السماء ، أو لأطيرن ، أو إن لم أصعد السماء ونحوه طلقت في الحال . وقال أبو الخطاب في موضع : لا تنعقد يمينه .
وإن قال : أنت طالق إن شربت ماء الكوز ولا ماء فيه ، أو صعدت السماء ، أو شاء الميت والبهيمة لم تطلق في أحد الوجهين ، وتطلّق في الآخر.
وإن قال : أنت طالق اليوم إذا جاء غد فعلى وجهين . وقال القاضي : لا تطلق .

فصل في الطلاق في زمن مستقبل

إذا قال : أنت طالق غداً ، أو يوم السبت ، أو في رجب طلقت بأول ذلك.
وإن قال : أنت طالق اليوم ، أو في هذا الشهر طلقت في الحال ، فإن قال : أردت في آخر هذه الأوقات دُيِّن ، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين.
وإن قال : أنت طالق اليوم وغداً وبعد غد ، أو في اليوم وفي غد وفي بعده فهل تطلق ثلاثاً أو واحدة ؟ على وجهين .
وقيل : تطلق في الأولى واحدة، وفي الثانية ثلاثاً .
وإن قال : أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم طلقت في آخر جزء منه . وقال أبو بكر : لا تطلق .
وإن قال : أنت طالق يوم يقدم زيد فماتت غدوة وقدم بعد موتها فهل وقع بها الطلاق ؟ على وجهين.
وإن قال : أنت طالق في غد إذا قدم زيد فماتت قبل قدومه لم تطلق.
وإن قال : أنت طالق اليوم غداً طلقت اليوم واحدة ؛ إلا أن يريد طالق اليوم وطالق غداً ، أو نصف طلقة اليوم ونصفها غداً فتطلّق اثنتين. وإن نوى نصف طلقة اليوم وباقيها غداً احتمل وجهين.
وإن قال : أنت طالق إلى شهر طلقت عند انقضائه ؛ إلا أن ينوي طلاقها في الحال.
وإن قال : أنت طالق في آخر الشهر ، أو أول آخره طلقت بطلوع فجر آخر يوم منه. وإن قال : في آخر أوله طلقت في آخر يوم من أوله، وقال أبو بكر : تطلق في المسألتين بغروب شمس الخامس عشر منه.
وإن قال : إذا مضت سنة فأنت طالق طلقت إذا مضى اثنا عشر شهراً بالأهلة ، ويكمل الشهر الذي حلف في أثنائه بالعدد.

وإن قال : إذا مضت السنة فأنت طالق طلقت بانسلاخ ذي الحجة.

وإن قال : أنت طالق في كل سنة طلقة طلقت الأولى في الحال ، والثانية في أول المحرم ، وكذا الثالثة، فإن قال : أردت بالسنة اثني عشر شهراً دُيّن ، وهل يُقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين.

وإن قال : أردت أن يكون ابتداء السنين المحرم دُيّن ، ولم يُقبل في الحكم.

وإن قال : أنت طالق يوم يقدم زيد فقدم زيد ليلاً لم تطلق إلا أن يريد باليوم الوقت فتطلّق ، وإن قدم به ميتاً أو مكرهاً لم تطلق.

باب تعليق الطلاق بالشروط

يصح ذلك من الزوج، ولا يصح من الأجنبي. فلو قال: إن تزوجت فلانه، وإن تزوجت امرأة فهي طالق لم تطلق إذا تزوجها، وعنه تطلق.

وإن قال لأجنبية: إن قمت فأنت طالق فتزوجها ثم قامت لم تطلق رواية واحدة.

وإن علّق الزوج الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده. وإن قال: عجلت ما أجلته لم يتعجل.

وإن قال: سبق لساني بالشرط ولم أرده طلقت في الحال.

وإن قال: أنت طالق ثم قال: أردتُ إن قمت دُيِّن، ولم يُقبل في الحكم نص عليه.

فصل

وأداوت الشرط ست : "إن ، وإذا ، ومتى ، ومن ، وأي ، وكلما" ، وليس فيها ما يقتضي التكرار إلا "كلما" ، وفي "متى" وجهان ، وكلها على التراخي إذا تجردت عن "لم" . فإن اتصلت بها صارت على الفور إلا "إن" ، وفي "إذا" وجهان.

فإذا قال : إن قمت ، أو إذا قمت ، أو من قام منك ، أو أي وقت قمت ، أو متى قمت ، أو كلما قمت فأنت طالق ، فمتى قامت طلقت . وإن تكرر القيام لم يتكرر الطلاق إلا في "كلما" ، وفي "متى" في أحد الوجهين.

ولو قال : كلما أكلت رمانة فأنت طالق ، وكلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق فأكلت رمانة طلقت ثلاثاً ولو جعل مكان "كلما" إن أكلت لم تطلق إلا اثنتين . ولو علق طلاقها على صفات فاجتمعن في عين واحدة مثل أن يقول : إن رأيت رجلاً فأنت طالق ، وإن رأيت أسودَ فأنت طالق ، وإن رأيت فقيهاً فأنت طالق فرأت رجلاً أسودَ فقيهاً طلقت ثلاثاً.

وإن قال : إن لم أطلقك فأنت طالق ولم يطلقها لم تطلق إلا في آخر جزء من حياة أحدهما إلا أن يكون له نية.

وإن قال : من لم أطلقها ، أو أي وقت لم أطلقك فأنت طالق فمضى زمن يمكن طلاقها فيه طلقت.

وإن قال : إذا لم أطلقك فأنت طالق فهل تطلق في الحال ؟ يحتمل وجهين.

وإن قال : كلما لم أطلقك فأنت طالق فمضى زمن يمكن طلاقها فيه طلقت ثلاثاً إلا التي لم يُدخل بها فإنها تبين بالأولى.

وإن قال العامي : إن دخلت فأنت طالق بفتح الهمزة فهو شرط، وإن قاله عارف بمقتضاه طلقت في الحال. وحكى عن الخلال رحمه الله تعالى أنه لم ينو مقتضاه فهو شرط أيضاً.

وإن قال : إن قمت وأنت طالق طلقت في الحال فإن قال : أردت الجزاء ، أو أردت أن أجعل قيامها وطلاقها شرطين لشيء ثم أمسكت دُيّن ، وهل يُقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين.

وإن قال : إن قمت فقعدت فأنت طالق ، أو إن قعدت إذ قمت ، أو إن قعدت إن قمت لم تطلق حتى تقوم ثم تقعد.

وإن قال : إن قمت وقعدت فأنت طالق طلقت بوجودهما كيفما كان، وعنه تطلق بوجود أحدهما إلا أن ينوي، والأول أصح.

وإن قال : إن قمت أو قعدت فأنت طالق طلقت بوجود أحدهما.

فصل في تعليقه بالحيض

إذا قال : إذا حضت فأنت طالق طلقت بأول الحيض ، فإن بان أن الدم ليس بحيض لم تطلق به.

وإن قال : إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، ولا يعتد بالحيضة التي هي فيها.

وإن قال : إذا حضت نصف حيضة فأنت طالق احتمل أن يعتبر نصف عادتها، واحتمل أنها متى طهرت تبينا وقوع الطلاق في نصفها، واحتمل أن يلغو قوله : نصف حيضة. وقيل : إذا حاضت سبعة أيام ونصفها طلقت.

وإن قال : إذا طهرت فأنت طالق طلقت إذا انقطع الدم ، وإن كانت طاهراً فإذا طهرت من حيضة مستقبلة ، وإذا قالت : حضت وكذبها قبل قولها في نفسها.

وإن قال : قد حضت فأنكرته طلقت بإقراره.

وإن قال : إن حضت فأنت وضرّتك طالقتان فقالت : قد حضت وكذبها طلقت دون ضرتها.

وإن قال : إن حضتما فأنتما طالقتان فقالتا : قد حضنا فصدقهما طلقتا ، وإن كذبهما لم تطلقا، وإن أكذب إحداهما طلقت وحدها. وإن قال ذلك لأربع : فقلن قد حضنا فصدقهن طلقن ، وإن صدق واحدة أو اثنتين لم يطلق منهن شيء ، وإن صدق ثلاثاً طلقت المكذبة وحدها.

وإن قال : كلما حاضت إحداكن فضرائرها طوالق فقلن : قد حضنا فصدّقهن طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، وإن صدّق واحدة لم تطلق وطلق ضرائرها طلقة طلقة ، وإن صدّق اثنتين طلقت كل واحدة منها طلقة وطلقت المكذّبتان طلقتين طلقتين ، وإن صدّق ثلاثاً طلقت المكذّبة ثلاثاً.

فصل في تعليقه بالحمل

إذا قال : إن كنت حاملاً فأنت طالق فتبين أنها كانت حاملاً تبينا وقوع الطلاق حين اليمين وإلا فلا.

وإن قال : إن لم تكوني حاملاً فأنت طالق فهي بالعكس ، ويحرم وطؤها قبل استبرائها في إحدى الروايتين إن كان الطلاق بائناً.

وإن قال : إن كنت حاملاً بذكر فأنت طالق واحدة ، وإن كنت حاملاً بأنثى فأنت طالق اثنتين فولدت ذكراً وأنثى طلقت ثلاثاً ، ولو كان مكان قوله : إن كنت حاملاً : إن كان حملك لم تطلق إذا كانت حاملاً بهما.

فصل في تعليقه بالولادة

إذا قال : إن ولدت ذكراً فأنت طالق واحدة ، وإن ولدت أنثى فأنت طالق اثنتين فولدت ذكراً ثم أنثى طلقت بالأول وبانت بالثاني ولم تطلق به ذكره أبو بكر. وقال ابن حامد : تطلق به وإن أشكل كيفية وضعهما وقعت واحدة بيقين ولغا ما زاد. وقال القاضي : قياس المذهب أن يُقرع بينهما ، ولا فرق بين أن تلده حياً أو ميتاً.

فصل في تعليقه بالطلاق

إذا قال : إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال : إن قمت فأنت طالق فقامت طلقت طلقتين.
وإن قال : إن قمت فأنت طالق ثم قال : إذا طلقتك فأنت طالق فقامت طلقت واحدة.
وإن قال : إن قمت فأنت طالق ثم قال : إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق فقامت طلقت طلقتين.
وإن قال : كلما طلقتك فأنت طالق ثم قال : أنت طالق طلقت طلقتين.
وإن قال : كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق ثم وقع عليها طلاقه بمباشرة أو سبب طلقت ثلاثاً.
وإن قال : كلما وقع عليك طلاقي ، أو إن وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم قال : أنت طالق فلا نص فيها عن أحمد رحمه الله تعالى.
وقال أبو بكر والقاضي : تطلق ثلاثاً.
وقال ابن عقيل : تطلق بالطلاق المنجز ويلغو ما قبله.
وإن قال لأربع نسوة : أيكنّ وقع عليها طلاقي فصواحبها طوالق ثم وقع على إحداهن طلاقه طلّقن ثلاثاً.
وإن قال : كلما طَلّقت واحدة منكن فعبد من عبيدي حر ، وكلما طَلّقت اثنتين فعبدان حران ، وكلما طَلّقت ثلاثاً فثلاثة أحرار ، وكلما طَلّقت أربعاً فأربعة أحرار ثم طلقن جميعاً عتق خمسة عشر عبداً. وقيل : عشرة، ويحتمل أن لا يعتق إلا أربعة إلا أن يكون له نية ، وإذا قال لامرأته : إذا أتاك طلاقي فأنت طالق ، ثم كتب إليها : إذا أتاك كتابي هذا فانت طالق فأتاها الكتاب طلقت طلقتين ، فإن قال : أردت أنك طالق بذاك الطلاق الأول دُيّن ، وهل يُقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين.

فصل في تعليقه بالحلف

إذا قال : حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال : أنت طالق إن قمت أو دخلت الدار طلقت في الحال.

وإن قال : أنت طالق إن طلعت الشمس ، أو قدم الحاج فهل هو حلف ؟ فيه وجهان.

وإن قال : حلفت بطلاقك فأنت طالق ، أو قال : إن كلمتك فأنت طالق وأعاده مرة أخرى طلقت واحدة ، وإن أعاده ثلاثاً طلقت ثلاثاً.

وإن قال لامرأتيه : إن حلفت بطلاقكما فأنتما طالقتان وأعاده طلقت كل واحدة طلقة ، وإن كانت إحداهما غير مدخول بها فأعاده بعد ذلك لم تطلق واحدة منهما.

وإن قال لمدخول بهما : كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فأنتما طالقتان وأعاده ثانية طلقت كل واحدة طلقتين.

وإن قال : كلما حلفت بطلاق واحدة منكما فهي طالق ، أو فضرتها طالق وأعاده طلقت كل واحدة طلقة.

وإن قال لإحداهما : إذا حلفت بطلاق ضرّتك فأنت طالق ثم قال ذلك للأخرى طلقت الأولى ، فإن أعاده للأولى طلقت الأخرى.

فصل في تعليقه بالكلام

إذا قال : إن كلمتُك فأنت طالق فتحققي ذلك ، أو زجرها فقال : تنحي أو اسكتي ، أو قال : إن قمت فأنت طالق طلقت، ويحتمل أن لا يحنث بالكلام المتصل بيمينه ؛ لأن إتيانه به يدل على إرادته الكلام المنفصل عنها.

وإن قال : إن بدأتك بالكلام فأنت طالق فقال : إن بدأتك به فعبدي حر انحلت يمينه إلا أن ينوي، ويحتمل أن يحنث ببداءته إياها بالكلام في وقت آخر ؛ لأن الظاهر أنه أراد ذلك بيمينه ، فإن قال : إن كلمت فلاناً فأنت طالق فكلمته فلم يسمع لتشاغله أو غفلته ، أو كاتبته ، أو راسلته حنث . وإن أشارت إليه احتمل وجهين . وإن كلمته سكران أو أصم بحيث يُعلم أنها تكلمه ، أو مجنوناً يسمع كلامها حنث ، وقيل : لا يحنث.

وإن كلمته ميتاً ، أو غائباً ، أو مغمى عليه ، أو نائماً لم يحنث. وقال أبو بكر : يحنث.

وإن قال لامرأتيه : إن كلمتما هذين فأنتما طالقتان فكلمت كل واحدة واحداً منهما طلقتا، ويحتمل أن لا يحنث حتى يكلما جميعاً كل واحد منهما.

وإن قال : إن أمرتك فخالفتيني فنهاها فخالفته لم يحنث إلا أن ينوي مطلق المخالفة، ويحتمل أن تطلق. وقال أبو الخطاب : إن لم يعرف حقيقة الأمر والنهي حنث.

فصل في تعليقه بالإذن

إذا قال : إن خرجت بغير إذني ، أو إلا بإذني ، أو حتى آذن لك فأنت طالق ثم أذن لها فخرجت ، ثم خرجت بغير إذنه طلقت ، وعنه لا تطلق إلا أن ينوي الإذن في كل مرة مرة ، وإن أذن لها من حيث لا تعلم فخرجت طلقت ، ويحتمل أن لا تطلق.

وإن قال : إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق فخرجت تريد الحمام وغيره طلقت ، وإن خرجت إلى الحمام ثم عدلت إلى غيره طلقت ، ويحتمل أن لا تطلق.

فصل في تعليقه بالمشيئة

إذا قال : أنت طالق إن شئت ، أو كيف شئت ، أو حيث شئت ، أو متى شئت ، لم تطلق حتى تقول : قد شئت سواء شاءت على الفور أو التراخي، ويحتمل أن يقف على المجلس كالاختيار، فإن قال : أنت طالق إن شئت فقالت : قد شئتُ إنْ شئتَ فقال : قد شئتُ لم تطلق.

وإن قال : أنت طالق إن شئت وشاء أبوك لم تطلق حتى يشاءا.

وإن قال : أنت طالق إن شاء زيدٌ فمات أو جنّ أو خرس قبل المشيئة لم تطلق ، وإن شاء وهو سكران خرج على الروايتين في طلاقه، فإن كان صبياً يعقل المشيئة فشاء طلقت وإلا فلا.

وإن قال : أنت طالق إلا أن يشاء زيدٌ فمات أو جنّ أو خرس طلقت.

وإن قال : أنت طالق واحدة إلا أن يشاء زيدٌ ثلاثاً فشاء ثلاثاً طلقت ثلاثاً في أحد الوجهين، وفي الآخر لا تطلق.

وإن قال : أنت طالق إن شاء الله طلقت.

وإن قال لأمته : أنت حرةٌ إن شاء الله عتقت، وحكي عنه أنه يقع العتق دون الطلاق.

وإن قال : أنت طالق إلا أن يشاء الله طلقت، وإن قال : إن لم يشأ الله فعلى وجهين.

وإن قال : إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله فدخلت فهل تطلق ؟ على روايتين.

وإن قال : أنت طالق لرضى زيد أو لمشيئته طلقت في الحال ، فإن قال : أردت الشرط دُيّن، وهل يقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين.

وإن قال : إن كنت تحبين أن يعذبك الله بالنار فأنت طالق، أو قال : إن كنت تحبينه بقلبك فأنت طالق فقالت : أنا أحبه فقد توقف أحمد عنها. وقال القاضي : تطلق.

والأولى أنها لا تطلق إذا كانت كاذبة.

فصل في مسائل متفرقة

إذا قال : أنت طالق إذا رأيت الهلال طلقت إذا رؤي إلا أن ينوي حقيقة رؤيتها فلا يحنث حتى تراه.

وإن قال : من بشرتني بقدوم أخي فهي طالق فأخبره به امرأتاه طلقت الأولى منهما إلا أن تكون الثانية هي الصادقة وحدها فتطلق وحدها.

وإن قال : من أخبرتني بقدومه فهي طالق فكذلك عند القاضي وعند أبي الخطاب يطلقان.

وإن حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً حنث في الطلاق والعتاق ولم يحنث في اليمين المكفرة في ظاهر المذهب، وعنه يحنث في الجميع، وعنه لا يحنث في الجميع.

وإن حلف لا يدخل على فلان بيتاً أو لا يكلمه ولا يسلم عليه ، أو لا يفارقه حتى يقضيه حقه فدخل بيتاً هو فيه ولم يعلم ، أو سلم على قوم هو فيهم ولم يعلم ، أو قضاه حقه ففارقه فخرج رديئاً ، أو أحاله بحقه ففارقه ظناً منه أنه قد برئ خرج على الروايتين في الناسي والجاهل.

وإن حلف لا يفعل شيئاً ففعل بعضه لم يحنث، وعنه يحنث إلا أن ينوي جميعه.

وإن حلف ليفعلنه لم يبر حتى يفعل جميعه، وإذا حلف لا يدخل داراً فأدخلها بعض جسده ، أو دخل طاق الباب ، أو لا يلبس ثوباً من غزلها فلبس ثوباً فيه منه ، أو لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه خرج على الروايتين.

وإن حلف لا يشرب ماء هذا النهر فشرب منه حنث.

وإن حلف لا يلبس ثوباً اشتراه زيدٌ أو نسجه ، أو لا يأكل طعاماً طبخه فلبس ثوباً نسجه هو وغيره أو اشترياه ، أو أكل من طعام طبخاه فعلى روايتين.

وإن اشترى غيره شيئاً فخلطه بما اشتراه فأكل أكثر مما اشتراه شريكه حنث، وإن أكل مثله فعلى وجهين.

باب التأويل في الحلف

ومعنى التأويل : أن يريد بلفظه ما يخالف ظاهره ، فإن كان الحالف ظالماً لم ينفعه تأويله ؛ لقول رسول الله e : «يمينكَ على ما يُصدقُكَ به صاحبُك»[1] وإن لم يكن ظالماً فله تأويله فإذا أكلا تمراً فحلف لتخبرني بعدد ما أكلت ، أو لتميزن نوى ما أكلت فإنما تفرد كل نواة وحدها وتعدّ من واحد إلى عدد يتحقق دخول ما أكل فيه.

وإن حلف ليقعدن على بارية في بيته ولا يدخله بارية فإنه يدخل قصباً فينسجه فيه.

وإن حلف ليطبخن قدراً برطل ملح ويأكل منه ولا يجد طعم الملح فإنه يسلق به بيضاً.

وإن حلف لا يأكل بيضاً ولا تفاحاً ، وليأكلن مما في هذا الوعاء فوجده بيضاً وتفاحاً فإنه يعمل من البيض ناطفاً ومن التفاح شراباً.

وإن كان على سلّم فحلف لا صعدت إليك ولا نزلت إلى هذه ، ولا أقمت مكاني ساعة فلتنزل العليا وتصعد السفلى فتنحل يمينه.

وإن حلف لا أقمت عليه ، ولا نزلت منه ، ولا صعدت فيه ، فإنه ينتقل إلى سلّم آخر.

---

(١) أخرجه مسلم في صحيحه (١٦٥٣) ٣: ١٢٧٤ كتاب الأيمان، باب يمين الحالف على نية المستحلف.
وأخرجه أبو داود في سننه (٣٢٥٥) ٣: ٢٢٤ كتاب الأيمان والنذور، باب المعاريض في اليمين.
وأخرجه الترمذي في جامعه (١٣٥٤) ٣: ٤٩٢ كتاب الأحكام، باب ما جاء أن اليمين على ما يصدقه صاحبه.
وأخرجه ابن ماجة في سننه (٢١٢١) ١: ٦٨٦ كتاب الكفارات، باب من ورى في يمينه.
وأخرجه أحمد في مسنده (٨٣٦٠) ٢: ٣٣١.

وإن حلف لا أقمت في هذا الماء ، ولا خرجت منه فإن كان جارياً لم يحنث إذا نوى ذلك بعينه ، وإن كان واقفاً حمل منه مكرهاً.

وإن استحلفه ظالم ما لفلان عندك وديعة وكانت له عنده وديعة فإنه يعني بـ " ما " الذي ، ويبر في يمينه.

وإن حلف له ما فلان هاهنا وعنى موضعاً معيناً بر في يمينه.

وإن حلف على امرأته لا سرقت مني شيئاً فخانته في وديعة لم يحنث ؛ إلا أن ينوي.

باب الشك في الطلاق

إذا شكَّ هل طلق أو لا لم تطلق ، وإذا شكَّ في عدد الطلاق بنى على اليقين.
وقال الخرقي : إذا طلق فلم يدر أواحدة طلق أم ثلاثاً لا يحل له وطؤها حتى يتيقن ، وكذلك قال فيمن حلف بالطلاق : لا يأكل تمرة فوقعت في تمر فأكل منه واحدة منع من وطء امرأته حتى يتيقن أنها ليست التي وقعت اليمين عليها ، ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمر كله.
وإن قال لامرأتيه : إحداكما طالق ينوي واحدة معينة طلقت وحدها ، فإن لم ينو أخرجت المطلقة بالقرعة . وإن طلق واحدة بعينها وأنسيها فكذلك عند أصحابنا . وإن تبين أن المطلقة غير التي خرجت عليها القرعة رُدت إليه في ظاهر كلامه ؛ إلا أن تكون قد تزوجت ، أو يكون بحكم حاكم. وقال أبو بكر وابن حامد : تطلق المرأتان. والصحيح أن القرعة لا مدخل لها هاهنا ويحرمان عليه جميعاً كما لو اشتبهت امرأته بأجنبية.
وإن طار طائر فقال : إن كان هذا غراباً ففلانة طالق، وإن لم يكن غراباً ففلانة طالق ، ولم يعلم حاله فهي كالمنسية.
وإن قال : إن كان غراباً ففلانة طالق ، وإن كان حماماً ففلانة طالق لم تطلق واحدة منهما إذا لم يعلم.
وإن قال : إن كان غراباً فعبدي حر فقال آخر : إن لم يكن غراباً فعبدي حر ولم يعلماه لم يُعتق عبد واحد منهما ، فإن اشترى أحدهما عبداً لآخر أقرع بينهما حينئذ. وقال القاضي : يُعتق الذي اشتراه.
وإن قال لامرأته وأجنبية : إحداكما طالق ، أو قال : سلمى طالق واسم امرأته سلمى طلقت امرأته ، فإن أراد الأجنبية لم تطلق ، وإن ادعى ذلك دُيِّن ، وهل يُقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين.

وإن نادى امرأته فأجابته امرأة له أخرى فقال : أنت طالق يظنها المناداة طلقتا في إحدى الروايتين ، والأخرى تطلق التي ناداها. وإن قال : علمت أنها غيرها وأردت طلاق المناداة طلقتا معاً. وإن قال : أردت طلاق الثانية طلقت وحدها. وإن لقي أجنبية ظنها امرأته فقال : فلانة أنت طالق طلقت امرأته.

كتاب الرجعة

إذا طلق الحر امرأته بعد دخوله بها أقل من ثلاث والعبد واحدة بغير عوض فله رجعتها ما دامت في العدة رضيت أو كرهت.

وألفاظ الرجعة : راجعت امرأتي ، أو رجعتها ، أو ارتجعتها ورددتها ، أو أمسكتها فإن قال : نكحتها ، أو تزوجتها فعلى وجهين، وهل من شرطها الإشهاد ؟ على روايتين.

والرجعية زوجة يلحقها الطلاق والظهار والإيلاء ، ويباح لزوجها وطؤها ، والخلوة والسفر بها ، ولها أن تتشرف له وتتزين ، وتحصل الرجعة بوطئها نوى الرجعة به أو لم ينوه ، ولا تحصل بمباشرتها ، والنظر إلى فرجها ، والخلوة بها لشهوة نص عليه، وخرجه ابن حامد على وجهين، وعنه ليست مباحة .

ولا تحصل الرجعة بوطئها ، وإن أكرهها عليه فلها المهر إن لم يرتجعها بعده، ولا يصح تعليق الرجعة بشرط ، ولا الارتجاع في الردة ، فإن طهرت من الحيضة الثالثة ولما تغتسل فهل له رجعتها ؟ على روايتين.

وإن انقضت عدتها ولم يرتجعها بانت ولم تحل إلا بنكاح جديد ، وتعود إليه على ما بقي من طلاقها سواء رجعت بعد نكاح زوج غيره أو قبله، وعنه إن رجعت بعد نكاح زوج غيره رجعت بطلاق ثلاث . وإن ارتجعها في عدتها وأشهد على رجعتها من حيث لا تعلم فاعتدت وتزوجت من أصابها رُدت إليه ، ولا يطأها حتى تنقضي عدتها، وعنه أنها زوجة الثاني . وإن لم يكن له بينة برجعتها لم تُقبل دعواه لكن إن صدقه الزوج الثاني بانت منه ، وإن صدقته المرأة لم يُقبل تصديقها لكن متى بانت منه عادت إلى الأول بغير عقد جديد.

فصل

وإذا ادعت المرأة انقضاء عدتها قُبل قولها إذا كان ممكناً إلا أن تدعيه بالحيض في شهر فلا يُقبل إلا ببينة.
وأقلّ ما يمكن به انقضاء العدة من الإقراء تسعة وعشرون يوماً ولحظة إذا قلنا : الإقراء الحيض.
وأقلّ الطهر ثلاثة عشر يوماً. وإن قلنا الطهر خمسة عشر فثلاثة وثلاثون يوماً ولحظة.
وإن قلنا : القروء الأطهار فثمانية وعشرون يوماً ولحظتان.
وإن قلنا : أقلّ الطهر خمسة عشر يوماً فاثنان وثلاثون يوماً ولحظتان.
وإذا قالت : انقضت عدتي فقال : قد كنت راجعتك فأنكرته فالقول قولها، وإن سبق فقال : ارتجعتك فقالت : قد انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قوله.
وقال الخرقي : القول قولها. وإن تداعيا معاً قُدم قولها، وقيل : يُقدم قول من تقع له القرعة.

فصل

ولو طلقها ثلاثاً لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها في القبل، وأدنى ما يكفي من ذلك تغييب الحشفة في الفرج، وإن لم ينزل، فإن كان مجبوباً بقي من ذكره قدر الحشفة فأولجه ، أو وطئها زوج مراهق ، أو ذمي وهي ذمية أحلها، وإن وطئها في الدبر ، أو وطئت بشبهة ، أو بملك يمين لم تحل، وإن وطئت في نكاح فاسد لم تحل في أصح الوجهين.

وإن وطئها زوجها في حيض أو إحرام أو نفاس أحلها، وقال أصحابنا : لا يحلها، وإن كانت أمة فاشتراها مطلقها لم تحل، ويحتمل أن تحل.

وإن طلق العبد امرأته طلقتين لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره سواء عتقا أو بقيا على الرق، وإذا غاب عن مطلقته ثلاثاً فذكرت أنها نكحت من أصابها أو انقضت عدتها وكان ذلك ممكناً فله نكاحها إذا غلب على ظنه صدقها وإلا فلا.

كتاب الإيلاء

وهو الحلف على ترك الوطء. ويشترط له أربعة شروط:

أحدها: الحلف على ترك الوطء في القبل، فإن تركه بغير يمين لم يكن مولياً، لكن إن تركه مضراً بها من غير عذر فهل تُضرب له مدة الإيلاء ويُحكم عليه بحكمه؟ على روايتين.

وإن حلف على ترك الوطء في الدبر أو دون الفرج لم يكن مولياً.

وإن حلف أن لا يجامعها إلا جماع سوء يريد جماعاً ضعيفاً لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن مولياً، وإن أراد به الوطء في الدبر أو دون الفرج صار مولياً.

وإذا حلف على ترك الوطء في الفرج بلفظ لا يحتمل غيره كلفظه الصريح، وقوله: لا أدخلت ذكري في فرجك، وفي البكر خاصة: لا افتضضتك لم يُديّن فيه.

وإن قال: والله لا وطئتُك، أو لا جامعتُك، أو لا باضعتُك، أو لا باشرتُك، أو لا باعلتُك، أو لا قربتُك، أو لا مسكتُك، أو لا أتيتُك، أو لا اغتسلتُ منك فهو صريحٌ في الحكم، ويُديّن فيما بينه وبين الله تعالى.

وسائر الألفاظ لا يكون مولياً فيها إلا بالنية.

فصل

الشرط الثاني : أن يحلف بالله ، أو بصفة من صفاته . وإن حلف بنذر أو عتق أو طلاق لم يصر مولياً في الظاهر عنه، وعنه يكون مولياً.
وإن قال : إن وطئتك فأنت زانية ، أو فلله عليّ صوم هذا الشهر لم يكن مولياً.

فصل

الثالث : أن يحلف على أكثر من أربعة أشهر ، أو يعلّقه على شرط يغلب على الظن أنه لا يوجد في أقل منها مثل أن يقول : والله لا وطئتُك حتى ينزل عيسى عليه السلام ، أو يخرج الدجال ، أو ما عشت ، أو حتى تحبلي ؛ لأنها لا تحبل إذا لم يطأها.

وقال القاضي : إذا قال : حتى تحبلي وهي ممن يحبل مثلها لم يكن مولياً.

وإن قال : والله لا وطئتُك مدة ، أو ليطولن تركي لجماعك لم يكن مولياً حتى ينوي أربعة أشهر.

وإن حلف على ترك الوطء حتى يقدم زيد ونحوه مما لا يغلب على الظن عدمه في أربعة أشهر، أو لا وطئتُك في هذه البلدة لم يكن مولياً.

وإن قال : إن وطئتُك فوالله لا وطئتُك ، أو إن دخلت الدار فوالله لا وطئتُك لم يصر مولياً حتى يوجد الشرط، ويحتمل أن يصير مولياً في الحال.

وإن قال : والله لا وطئتُك في السنة إلا مرة لم يصر مولياً حتى يطأها وقد بقي منها أكثر من أربعة أشهر، وإن قال : إلا يوماً فكذلك في أحد الوجهين، وفي الآخر يصير مولياً في الحال.

وإن قال : والله لا وطئتُك أربعة أشهر فإذا مضت فوالله لا وطئتُك أربعة أشهر لم يصر مولياً، ويحتمل أن يصير مولياً.

وإن قال : والله لا وطئتُك إن شئت فشاءت صار مولياً وإلا فلا. وإن قال : إلا أن تشائي ، أو إلا باختيارك ، أو إلا أن تختاري لم يصر مولياً.

وقال أبو الخطاب : إن لم تشأ في المجلس صار مولياً.

وإن قال لنسائه : لا وطئتُ واحدة منكن صار مولياً منهن ؛ إلا أن يريد واحدة بعينها فيكون مولياً منها وحدها، وإن أراد واحدة مبهمة فقال أبو بكر : تخرج بالقرعة.

وإن قال : والله لا وطئتُ كل واحدة منكن كان مولياً من جميعهن ، وتنحل يمينه بوطء واحدة .

وقال القاضي : لا تنحل في البواقي.

وإن قال : لا أطأكن فهي كالتي قبلها في أحد الوجهين، وفي الآخر لا يصير مولياً حتى يطأ ثلاثاً فيصير مولياً من الرابعة.

فعلى هذا لو طلّق واحدة منهن أو ماتت انحلت يمينه هاهنا، وفي التي قبلها لا تنحل في البواقي ، وإن آلى من واحدة وقال للأخرى : اشتركت معها لم يصر مولياً من الثانية.

وقال القاضي : يصير مولياً منها.

فصل

الشرط الرابع : أن يكون من زوج يمكنه الجماع ، وتلزمه الكفارة بالحنث مسلماً كان أو كافراً ، حراً أو عبداً ، سليماً أو خصياً ، أو مريضاً يرجى برؤه، فأما العاجز عن الوطء بجب أو شلل فلا يصح إيلاؤه، ويحتمل أن يصح . وفيئته أن يقول : لو قدرت لجامعتك.

ولا يصح إيلاء الصبي والمجنون، وفي إيلاء السكران وجهان.

ومدة الإيلاء في الأحرار والرقيق سواء، وعنه أنها في العبد على النصف. ولا حق لسيد الأمة في طلب الفيئة والعفو عنها وإنما ذلك إليها.

فصل

وإذا صح الإيلاء ضُربت له مدة أربعة أشهر ، فإن كان بالرجل عذر يمنع الوطء احتسب عليه بمدته، وإن كان بها لم تحتسب عليه، وإن طرأ بها استؤنفت المدة عند زواله إلا الحيض فإنه يحتسب عليه بمدته ، وفي النفاس وجهان.

وإن طلّق في أثناء المدة انقطعت ، فإن راجعها أو نكحها إذا كانت بائناً استؤنفت المدة، وإن انقضت المدة وبها عذر يمنع الوطء لم تملك طلب الفيئة، وإن كان العذر به وهو مما يعجز به عن الوطء أمر أن يفيء بلسانه فيقول : متى قدرت جامعتك، ثم متى قدر على الوطء لزمه ذلك أو يطلق، وقال أبو بكر : لا يلزمه.

وإن كان مظاهراً فقال : أمهلوني حتى أطلب رقبة أعتقها عن ظهاري أمهل ثلاثة أيام، وإن قال : أمهلوني حتى أقضي صلاتي ، أو أتغدى ، أو حتى ينهضم الطعام ، أو أنام فإني ناعس أمهل بقدر ذلك فإذا لم يبق له عذر وطلب الفيئة وهي الجماع فجامع انحلت يمينه وعليه كفارتها ، وأدنى ما يكفيه تغييب الحشفة في الفرج.

وإن وطئها دون الفرج أو في الدبر لم يخرج من الفيئة، وإن وطئها في الفرج وطأ محرماً مثل : أن يطأ حال الحيض ، أو النفاس ، أو الإحرام ، أو صيام فرض من أحدهما فقد فاء إليها ؛ لأن يمينه انحلت به.

وقال أبو بكر : الأصح أنه لا يخرج من الفيئة، وإن لم يفيء وأعفته المرأة سقط حقها، ويحتمل أن لا يسقط ولها المطالبة بعد، وإن لم تعفه أمر بالطلاق فإن طلّق واحدة فله رجعتها، وعنه أنها تكون بائنة، وإن لم يطلق حبس وضيّق عليه حتى يطلق في إحدى الروايتين، والأخرى يطلق الحاكم عليه، فإن طلق واحدة فهو كطلاق المولي، وإن طلق ثلاثاً أو فسخ صح ذلك، وإن ادعى أن المدة ما

انقضت أو أنه وطئها وكانت ثيباً فالقول قوله، وإن كانت بكراً وادعت أنها عذراء فشهدت بذلك امرأة عدل فالقول قولها وإلا فالقول قوله ، وهل يحلف من القول قوله ؟ على وجهين.

كتاب الظهار

وهو محرم ، وهو أن يُشَبِّه امرأته أو عضواً منها بظهر من تحرمُ عليه على التأبيد ، أو بها ، أو بعضو منها فيقول : أنت عليّ كظهر أمي ، أو كيد أختي ، أو كوجه حماتي ، أو ظهرك أو يدك عليّ كظهر أمي ، أو كيد أختي أو خالتي من نسب أو رضاع.

وإن قال : أنت عليّ كأمي كان مظاهراً. وإن قال : أردت كـأمي في الكرامة أو نحوه دُيِّن، وهل يُقبل في الحكم ؟ يخرج على روايتين.

وإن قال : أنت كأمي أو مثل أمي فذكر أبو الخطاب فيها روايتين، والأولى أن هذا ليس بظهار إلا أن ينويه ، أو يقرن به ما يدل على إرادته.

وإن قال : أنت عليّ كظهر أبي ، أو كظهر أجنبية ، أو أخت زوجتي أو عمتها أو خالتها فعلى روايتين.

وإن قال : أنت عليّ كظهر البهيمة لم يكن مظاهراً، وإن قال : أنت عليّ حرام فهو مظاهر إلا أن ينوي طلاقاً أو يميناً، فهل يكون ظهاراً أو ما نواه ؟ على روايتين.

فصل

ويصح من كل زوج يصح طلاقه مسلماً كان أو ذمياً ، والأقوى عندي أنه لا يصح من الصبي ظهار ولا إيلاء ؛ لأنه يمين مكفرة فلم ينعقد في حقه ، ويصح من كل زوجة ، فإن ظاهر من أمته أو أم ولده لم يصح وعليه كفارة يمين، ويحتمل أن يلزمه كفارة ظهار.

وإن قالت المرأة لزوجها : أنت عليّ كظهر أبي لم تكن مظاهرة وعليها كفارة ظهار وعليها التمكين قبل التكفير، وعنه كفارة يمين وهو قياس المذهب، وعنه لا شيء عليها.

وإن قال لأجنبية : أنت عليّ كظهر أمي لم يطأها إن تزوجها حتى يكفر.

وإن قال : أنت عليّ حرام يريد في كل حال فكذلك، وإن أراد في تلك الحال فلا شيء عليه ؛ لأنه صادق.

ويصح الظهار معجلاً ومعلقاً بشرط ومطلقاً ومؤقتاً نحو : أنت عليّ كظهر أمي شهر رمضان ، أو إن دخلت الدار فمتى انقضى الوقت زال الظهار، وإن أصابها فيه وجبت الكفارة عليه.

فصل في حكم الظهار

يحرم وطء المظاهر منها قبل التكفير، وهل يحرم الاستمتاع منها بما دون الفرج؟ يخرج على روايتين، وعنه لا يحرم وطؤها إذا كان التكفير بالإطعام اختاره أبو بكر.

وتجب الكفارة بالعود وهو الوطء نص عليه أحمد، وأنكر قول مالك: أنه العزم على الوطء.

وقال القاضي وأبو الخطاب: هو العزم.

ولو مات أحدهما أو طلقها قبل الوطء فلا كفارة عليه، فإن عاد فتزوجها لم يطأها حتى يكفر.

وإن وطئ قبل التكفير أثمَ واستقرت عليه الكفارة ويجزؤه كفارة واحدة.

وإن ظاهر من امرأته الأمة ثم اشتراها لم تحل له حتى يكفر.

وقال أبو بكر: يبطل الظهار وتحل له، فإن وطئها فعليه كفارة يمين.

وإن كرَّرَ الظهار قبل التكفير فكفارة واحدة، وعنه إن كرره في مجالس فكفارات.

وإن ظاهر من نسائه بكلمة واحدة فكفارة واحدة، وإن كان بكلمات فلكل واحدة كفارة.

فصل في كفارة الظهار وما في معناها

كفارة الظهار على الترتيب ، فيجب عليه تحرير رقبة ، فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً.

وكفارة الوطء في رمضان مثلها في ظاهر المذهب ، وكفارة القتل مثلهما إلا في الإطعام ففي وجوبه روايتان، والاعتبار في الكفارات بحال الوجوب في إحدى الروايتين ، فإذا وجبت وهو موسر ثم أعسر لم يجزئه إلا العتق، وإن وجبت وهو معسر فأيسر لم يلزمه العتق ، وله الانتقال إليه إن شاء، وعنه في العبد إذا عتق لا يجزئه غير الصوم .

والرواية الثانية : الاعتبار بأغلظ الأحوال ، فمن أمكنه العتق من حين الوجوب إلى حين التكفير لا يجزئه غيره، فإن شرع في الصوم ثم أيسر لم يلزمه الانتقال عنه ، ويحتمل أن يلزمه.

فصل

فمن ملك رقبة أو أمكنه تحصيلها بما هو فاضل عن كفايته وكفاية من يمونه على الدوام وغيرها من حوائجه الأصلية بثمن مثلها لزمه العتق، ومن له خادم يحتاج إلى خدمته ، أو دار يسكنها ، أو دابة يحتاج إلى ركوبها ، أو ثياب يتجمل بها ، أو كتب يحتاج إليها ، أو لم يجد رقبة إلا بزيادة عن ثمن مثلها تجحف به : لم يلزمه العتق. وإن وجدها بزيادة لا تجحف به فعلى وجهين.

وإن وهبت له رقبة لم يلزمه قبولها، وإن كان ماله غائباً أو أمكنه شراؤها بنسيئة لزمه.

ولا يجزئه في كفارة القتل إلا رقبة مؤمنة وكذلك في سائر الكفارات في ظاهر المذهب.

ولا يجزئه إلا رقبة سليمة من العيوب المضرة بالعمل ضرراً بيناً ؛ كالعمى وشلل اليد والرجل ، أو قطعها أو قطع إبهام اليد ، أو سبابتها ، أو الوسطى ، أو الخنصر والبنصر من يد واحدة ، ولا يجزئ المريض المأيوس منه ، ولا النحيف العاجز عن العمل ، ولا غائب لا يعلم خبره، ولا مجنون مطبق، ولا أخرس لا تفهم إشارته ، ولا عتق من علق عتقه بصفة عند وجودها ، ولا من يعتق عليه بالقرابة ، ولا من اشتراه بشرط العتق في ظاهر المذهب ، ولا أم ولد في الصحيح عنه ، ولا مكاتب قد أدى من كتابته شيئاً في اختيار شيوخنا، وعنه يجزئ، وعنه لا يجزئ مكاتب بحال .

ويجزئ الأعرج يسيراً ، والمجدع الأنف والأذن ، والمجبوب والخصي ، ومن يخنق في الأحيان ، والأصم والأخرس الذي يفهم الإشارة وتُفهم إشارته ، والمدبر والمعلّق عتقه بصفة ، وولد الزنا والصغير، وقال الخرقي : إذا صلى.

وإن عتق نصف عبد وهو معسرٌ ثم اشترى باقيه فأعتقه أجزأه إلا على رواية وجوب الاستسعاء ، وإن أعتقه وهو موسر فسرى لم يجزه نص عليه ، ويحتمل أن يجزئه.

وإن أعتق نصفاً آخر أجزأه عند الخرقي ولم يجزه عن أبي بكر.

فصل

فمن لم يجد رقبة فعليه صيام شهرين متتابعين حراً كان أو عبداً.

ولا تجب نية التتابع ، فإن تخلل صومها صوم شهر رمضان أو فطر واجب كفطر العيد أو الفطر لحيض أو نفاس أو جنون أو مرض مخوف عليه ، أو فطر الحامل والمرضع لخوفهما على أنفسهما لم ينقطع التتابع، وكذلك إن خافتا على ولديهما، ويحتمل أن ينقطع إن أفطر لغير عذر ، أو صام تطوعاً أو قضاء أو عن نذر أو كفارة أخرى لزمه الاستئناف . وإن أفطر لعذر يبيح الفطر ؛ كالسفر والمرض وغير المخوف فعلى وجهين.

وإن أصاب المظاهر منها ليلاً أو نهاراً انقطع التتابع، وعنه لا ينقطع بفعله ناسياً.

وإن أصاب غيرها ليلاً لم ينقطع.

فصل

فإن لم يستطع لزمه إطعام ستين مسكيناً مسلماً حراً ، صغيراً كان أو كبيراً إذا أكل الطعام.

ولا يجوز دفعها إلى مكاتب ، ولا إلى من تلزمه مؤونته . وإن دفعها إلى من يظنه مسكيناً فبان غنياً فعلى وجهين.

وإن رددها على مسكين واحد ستين يوماً لم يجزه إلا أن لا يجد غيره فيجزئه في ظاهر المذهب، وعنه لا يجزئه ، وعنه يجزئ وإن وجد غيره.

وإن دفع إلى مسكين في يوم واحد من كفارتين أجزأ ، وعنه لا يجزئه ، والمخرج في الكفارة ما يجزئ في الفطرة ، وفي الخبز روايتان . فإن كان قوت بلده غير ذلك أجزأه منه ؛ لقول الله تعالى :

فصل

ولا يجزئ الإخراج إلا بنية وكذلك الإعتاق والصيام. فإن كان عليه كفارة واحدة فنوى عن كفارتي أجزأه، وإن كان عليه كفارات من جنس فنوى إحداها أجزأ عن واحدة، وإن كانت من أجناس فكذلك عند أبي الخطاب، وعند القاضي لا يجزئه حتى يعين سببها. فإن كانت عليه كفارة واحدة نسي سببها أجزأته كفارة واحدة على الأول، وعلى الثاني يجب عليه كفارات بعدد الأسباب. والله أعلم.

كتاب اللعان

وإذا قذف الرجل امرأته بالزنا فله إسقاط الحد باللعان.
وصفته : أن يبدأ الزوج فيقول : أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به امرأتي هذه من الزنا ويشير إليها ، وإن لم تكن حاضرة سماها ونسبها حتى يكمل ذلك أربع مرات ، ثم يقول في الخامسة : وأن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ، ثم تقول هي : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا أربع مرات ، ثم تقول في الخامسة : وأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا . فإن نقص أحدهما من الألفاظ الخمسة شيئاً ، أو بدأت باللعان قبله ، أو تلاعنا بغير حضرة الحاكم أو نائبه لم يعتد به.
وإن أبدل لفظة : أشهد بأقسم أو أحلف ، أو لفظة : اللعنة بالإبعاد ، أو الغضب بالسخط فعلى وجهين.
ومن قدر على اللعان بالعربية لم يصح منه إلا بها ، وإن عجز عنها لزمه تعلمها في أحد الوجهين ، وفي الآخر يصح بلسانه .
وإذا فُهمت إشارة الأخرس أو كتابته صح لعانه بها وإلا فلا، وهل يصح لعان من اعتقل لسانه وأيس من نطقه بالإشارة ؟ على وجهين.

فصل

والسنة أن يتلاعنا قياماً بمحضر جماعة في الأوقات والأماكن المعظمة ، وإذا بلغ كل واحد منهما الخامسة أمر الحاكم رجلاً فأمسك يده على فيّ الرجل وامرأة تضع يدها على فيّ المرأة ثم يعظه ويقول : اتق الله فإنها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وأن يكون ذلك بحضرة الحاكم ، فإن كانت المرأة خفرة بعث من يلاعن بينهما.

وإذا قذف الرجل نساءه فعليه أن يفرد كل واحدة بلعان، وعنه يجزئه لعان واحد فيقول : أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتكن به من الزنا . وتقول كل واحدة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا، وعنه إن كان القذف بكلمة واحدة أجزأه لعان واحد ، وإن كان بكلمات أفرد كل واحدة بلعان.

فصل

ولا يصح إلا بشروط ثلاثة :

أحدها : أن يكون بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين ، أو ذميين ، أو رقيقين ، أو فاسقين ، أو كان أحدهما كذلك في إحدى الروايتين ، والأخرى لا يصح إلا بين زوجين مسلمين حرين عدلين . فإن اختل شرط منها في أحدهما فلا لعان بينهما.

وإن قذف أجنبية ، أو قال لامرأته : زنيت قبل أن أنكحك حد ولم يلاعن .

وإن أبان زوجته ثم قذفها بزنا في النكاح ، أو قذفها في نكاح فاسد وبينهما ولد لاعن لنفيه وإلا حد ولم يلاعن .

وإن أبان امرأته بعد قذفها فله أن يلاعن سواء كان بينهما ولد أو لم يكن .

وإن قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزر ، ولا لعان بينهما.

فصل

الشرط الثاني : أن يقذفها بالزنا فيقول : زنيت ، أو يا زانية ، أو رأيتك تزنين سواء قذفها بزنا في القبل أو في الدبر ، فإن قال : وطئت بشبهة أو مكرهة فلا لعان بينهما ، وعنه أنه إن كان ثم ولد لاعن لنفيه وإلا فلا ، فإن قال : لم تزن ولكن ليس هذا الولد مني فهو ولده في الحكم ولا لعان بينهما ، وإن قال ذلك بعد أن أبانها فشهدت امرأة مرضية أنه ولد على فراشه لحقه نسبه .

وإن ولدت توأمين فأقرّ أحدهما ونفى الآخر لحقه نسبهما ويلاعن لنفي الحد . وقال القاضي : يحد.

فصل

الثالث : أن تكذبه الزوجة ويستمر ذلك إلى انقضاء اللعان ، فإن صدقته أو سكتت لحقه النسب ، ولا لعان في قياس المذهب .

وإن مات أحدهما قبل اللعان ورثه صاحبه ولحقه نسب الولد ولا لعان . وإن مات الولد فله لعانها ونفيه . وإن لاعن ونكلت الزوجة عن اللعان خلى سبيلها ولحقه الولد ذكره الخرقي.

وعن أحمد : أنها تحبس حتى تقر أو تلاعن ، ولا يعرض للزوج حتى تطالبه الزوجة ، فإن أراد اللعان من غير طلبها ، فإن كان بينهما ولد يريد نفيه فله ذلك وإلا فلا.

فصل

فإذا تم اللعان بينهما ثبت أربعة أحكام :
أحدها : سقوط الحد عنه أو التعزير ولو قذفها برجل بعينه سقط الحد عنه لهما.
الثاني : الفرقة بينهما ، وعنه لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما.
الثالث : التحريم المؤبد ، وعنه أنه إذا كذب نفسه حلت له .
وإن لاعن زوجته الأمة ثم اشتراها لم تحل له ؛ إلا أن يكذب نفسه على الرواية الأخرى ، وإذا قلنا تحل له الزوجة بإكذاب نفسه فإن لم يكن وجد منه طلاق فهي باقية على النكاح ، وإن وجد منه طلاق دون الثلاث فله رجعتها.
الرابع : انتفاء الولد عنه بمجرد اللعان ذكره أبو بكر وينتفي عنه حملها وإن لم يذكره.
وقال الخرقي : لا ينتفي عنه حتى يذكره في اللعان فإذا قال : أشهد بالله لقد زنت يقول : وما هذا الولد ولدي . وتقول هي : أشهد بالله لقد كذب وهذا الولد ولده .
وإن نفى الحمل في التعانه لم ينتف حتى ينفيه عند وضعها له ويلاعن.

فصل

ومن شرط نفي الولد أن لا يوجد دليل على الإقرار به ، فإن أقر به أو بتوأمه ، أو نفاه وسكت عن توأمه ، أو هُنئ به فسكت ، أو أمَّن على الدعاء ، أو أخَّر نفيه مع إمكانه لحقه نسبه ولم يملك نفيه. وإن قال : أخرت نفيه رجاء موته لم يعذر بذلك .

وإن قال : لم أعلم به ، أو لم أعلم أن لي نفيه ، أو لم أعلم أن ذلك على الفور وأمكن صدقه قبل قوله ولم يسقط نفيه .

وإن أخره لحبس أو مرض أو غيبة أو شيء يمنعه ذلك لم يسقط .

ومن أكذب نفسه بعد نفيه لحقه نسبه ولزمه الحد إن كانت المرأة محصنة ، أو التعزير إن لم تكن محصنة.

فصل فيما يلحق من النسب

من أتت امرأته بولد يمكن كونه منه وهو : أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ أمكن اجتماعه بها ، ولأقل من أربع سنين منذ أبانها ، وهو ممن يولد لمثله لحقه نسبه. وإن لم يمكن كونه منه مثل : أن تأتي به لأقل من ستة أشهر منذ تزويجها ، أو لأكثر من أربع سنين منذ أبانها ، أو أقرت بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت به لأكثر من ستة أشهر بعدها ، أو فارقها حاملاً فوضعت ثم أتت بآخر بعد ستة أشهر ، أو مع العلم بأنه لم يجتمع بها ؛ كالتي يتزوجها بمحضر الحاكم ثم يطلقها في المجلس ، أو يتزوجها وبينهما مسافة لا يصل إليها في المدة التي أتت بالولد فيها ، أو يكون صبياً له دون عشر سنين ، أو مقطوع الذكر والأنثيين لم يلحقه نسبه . وإن قطع أحدهما فقال أصحابنا : يلحقه نسبه . وفيه بُعد .

وإن طلقها طلاقاً رجعياً فولدت لأكثر من أربع سنين منذ طلقها ، ولأقل من أربع منذ انقضت عدتها فهل يلحقه نسبه ؟ على وجهين.

فصل

ومن اعترف بوطء أمته في الفرج أو دونه فأتت بولد لستة أشهر لحقه نسبه وإن ادعى العزل ؛ إلا أن يدعي الاستبراء وهل يحلف ؟ على وجهين .

فإن أعتقها أو باعها بعد اعترافه بوطئها فأتت بولد لدون ستة أشهر فهو ولده والبيع باطل ، وكذلك إن لم يستبرئها فأتت به لأكثر من ستة أشهر فادعى المشتري أنه منه سواء ادعاه البائع أو لم يدعه .

وإن استبرئت ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر لم يلحقه نسبه ، وكذلك إن لم يستبرئ ولم يقر المشتري له به . فأما إن لم يكن البائع أقر بوطئها قبل بيعها لم يلحقه الولد بحال ؛ إلا أن يتفقا عليه فيلحقه نسبه وإن ادعاه البائع فلم يصدقه المشتري ، ويحتمل أن يلحقه نسبه مع كونه عبداً للمشتري .

وإذا وطئ المجنون من لا ملك له عليها ولا شبهة ملك فولدت منه لم يلحقه نسبه . والله أعلم.

كتاب العدد

كل امرأة فارقها زوجها في الحياة قبل المسيس والخلوة فلا عدة عليها . وإن خلا بها وهي مطاوعة فعليها العدة سواء كان بهما أو بأحدهما مانع من الوطء ؛ كالإحرام والصيام والحيض والنفاس والمرض والجُبّ والعنّة أو لم يكن إلا أن لا يعلم بها ؛ كالأعمى والطفل فلا عدة عليها.

والمعتدات على ستة أضرب :

إحداهن : أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن حرائر كن أو إماء من فرقة الحياة أو الممات ، والحمل الذي تنقضي به العدة ما تبين فيه شيء من خلق الإنسان ، فإن وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء من ذلك فذكر ثقات من النساء أنه مبتدأ خلق آدمي فهل تنقضي العدة ؟ على روايتين.

وإن أتت بولد لا يلحقه نسبه ؛ كامرأة الطفل لم تنقض عدتها به ، وعنه تنقضي به . وفيه بُعد.

وأقل مدة الحمل ستة أشهر ، وغالبها تسعة ، وأكثرها أربع سنين ، وعنه سنتان ، وأقل ما يتبين به الولد أحد وثمانون يوماً.

فصل

الثاني : المتوفي عنها زوجها عدمًا أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة ، وشهران وخمسة أيام إن كانت أمة ، وسواء ما قبل الدخول وبعده . فإن مات زوج الرجعية استأنفت عدة الوفاة من حين موته وسقطت عدة الطلاق . وإن طلقها في الصحة طلاقاً بائناً ثم مات في عدمًا لم ينتقل عن عدمًا . وإن كان الطلاق في مرض موته اعتدت أطول الأجلين من عدة الطلاق وعدة الوفاة .

وإن ارتابت المتوفي عنها لظهور أمارات الحمل من الحركة وانتفاخ البطن وانقطاع الحيض قبل أن تنكح لم تزل في عدة حتى تزول الريبة . وإن تزوجت قبل زوالها لم يصح النكاح ، وإن ظهر بها ذلك بعد نكاحها لم يفسده به لكن إن أتت بولد لأقل من ستة أشهر منذ نكحها فهو باطل وإلا فلا.

وإذا مات عن امرأة نكاحها فاسد فقال القاضي : عليها عدة الوفاة نص عليه.
وقال ابن حامد : لا عدة عليها للوفاة في ذلك ، فإن كان النكاح مجمعاً على بطلانه لم تعتد للوفاة من أجله وجهاً واحداً.

فصل

الثالث : ذات القرء التي فارقها في الحياة بعد دخوله وعدتها ثلاثة قروء إن كانت حرة ، وقرآن إن كانت أمة.
والقرء : الحيض في أصح الروايتين.
ولا تعتد بالحيضة التي طلقها فيها حتى تأتي بثلاث كاملة بعدها ، فإذا انقطع دمها من الثالثة حلت في إحدى الروايتين ، والأخرى : لا تحل حتى تغتسل.
والرواية الثانية : القروء الأطهار ، ويعتد بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً ، ثم إذا طعنت في الحيضة الثالثة حلت.

فصل

الرابع : اللائي يئسن من الحيض ، واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر إن كن حرائر ، وإن كن إماء فشهران ، وعنه ثلاثة ، وعنه شهر ونصف .

وعدة أم الولد عدة الأمة ، وعدة المعتق بعضها بالحساب من عدة حرة وأمة.

وحد الإياس خمسون سنة ، وعنه أن ذلك حده في نساء العجم ، وحده في نساء العرب ستون سنة.

وإن حاضت الصغيرة في عدتها انتقلت إلى القروء ويلزمها إكمالها ، وهل يحتسب ما قبل الحيض قرءاً إذا قلنا : القروء الأطهار ؟ على وجهين.

وإن يئست ذات القروء في عدتها انتقلت إلى عدة الآيسات.

وإن عتقت الأمة الرجعية في عدتها بنت على عدة حرة ، وإن كانت بائناً بنت على عدة أمة.

فصل

الخامس : من ارتفع حيضُها لا تدري ما رفعه اعتدت تسعة أشهر للحمل ، وثلاثة للعدة . وإن كانت أمة اعتدت بأحد عشر شهراً، ويحتمل أن تقعد للحمل أربع سنين .

وعدة الجارية التي أدركت فلم تحض والمستحاضة الناسية ثلاثة أشهر ، وعنه سنة . فأما التي عرفت ما رَفَع الحيض من مرض أو رضاع ونحوه فلا تزال في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به ؛ إلا أن تصير آيسة فتعتد عدة آيسة حينئذ.

فصل

السادس : امرأة المفقود الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك ؛ كالذي يفقد من بين أهله ، أو في مفازة ، أو بين الصفين إذا قتل قوم ، أو من غرق مركبه ونحو ذلك فإنها تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة . وهل يفتقر إلى رفع الأمر إلى الحاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة ؟ على روايتين.

وإذا حكم الحاكم بالفرقة نفذ حكمه في الظاهر دون الباطل فلو طلق الأول صح طلاقه ، ويتخرج أن ينفذ حكمه باطناً فينفسخ نكاح الأول ولا يقع طلاقه ، وإذا فعلت ذلك ثم تزوجت ثم قدم زوجها الأول رُدَّتْ إليه إن كان قبل دخول الثاني بها ، وإن كان بعده خيّر الأول بين أخذها وبين تركها مع الثاني ، ويأخذ صداقها منه . وهل يأخذ صداقها الذي أعطاها الثاني ؟ على روايتين .

والقياس : أن ترد إلى الأول ولا خيار إلا أن يفرق الحاكم بينهما ونقول بوقوع الفرقة باطناً فتكون زوجة الثاني بكل حال، وعنه التوقف في أمره. والمذهب الأول . فأما من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة ؛ كالتاجر والسائح فإن امرأته تبقى أبداً إلى أن يتيقن موته، وعنه أنها تتربص تسعين عاماً مع سنة يوم ولد ثم تحل ، وكذلك امرأة الأسير.

ومن طلقها زوجها أو مات عنها وهو غائب عنها فعدتها من يوم مات أو طلق، وعنه إن ثبت ذلك ببينة فكذلك وإلا فعدتها من يوم بلغها الخبر . وعدة الموطوءة بشبهة عدة المطلقة وكذلك عدة المزني بها ، وعنه أنها تستبرئ بحيضة.

فصل

إذا وُطئت المعتدة بشبهة أو غيرها أتمت عدة الأول ثم استأنفت العدة من الوطء ، وإن كانت بائناً فأصابها المطلق عمداً فكذلك ، وإن أصابها بشبهة استأنفت العدة للوطء ودخلت فيها بقية الأولى .

وإن تزوجت في عدتها لم تنقطع عدتها حتى يدخل بها فتنقطع حينئذ ثم إذا فارقها بنت على عدتها من الأول ، واستأنفت العدة من الثاني .

وإن أتت بولد من أحدهما انقضت عدتها به منه ثم اعتدت للآخر أيهما كان ، وإن أمكن أن يكون منهما أرى القافة معهما فألحق بمن ألحقوه به منهما وانقضت عدتها به منه واعتدت للآخر . وإن ألحقته بهما أُلحق بهما وانقضت به عدتها منهما . وللثاني أن ينكحها بعد انقضاء العدتين، وعنه أنها تحرم عليه على التأبيد .

وإن وطئ رجلان امرأة فعليها عدتان لهما.

فصل

وإذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانياً بنت على ما مضى من العدة . وإن راجعها ثم طلقها بعد دخوله بها استأنفت العدة . وإن طلقها قبل دخوله بها فهل تبني أو تستأنف ؟ على روايتين.

وإن طلقها طلاقاً بائناً ثم نكحها في عدتها ثم طلقها فيها قبل دخوله بها فعلى روايتين أولاهما : أنها تبني على ما مضى من العدة الأولى ؛ لأن هذا طلاق من نكاح لا دخول فيه فلا يوجب عدة.

فصل [على من يجب الإحداد]

ويجب الإحداد على المعتدة من الوفاة . وهل يجب على البائن ؟ على روايتين.
ولا يجب على الرجعية والموطوءة بشبهة أو زنا ، أو في نكاح فاسد ، أو بملك يمين ، وسواء في الإحداد المسلمة والذمية والمكلّفة وغيرها.
والإحداد : اجتناب الزينة والطيب والتحسين ؛ كلبس الحلى والملون من الثياب للتحسين ؛ كالأحمر والأصفر والأخضر الصافي والأزرق الصافي ، واجتناب الحنا والخضاب والكحل الأسود والحفاف واسفيداج العرائس وتحمير الوجه ونحوه.
ولا يحرم عليها الأبيض من الثياب وإن كان حسناً ، ولا الملون لدفع الوسخ ؛ كالكحلي ونحوه.
وقال الخرقي : وتجتنب النقاب.

فصل [عدة الوفاة]

وتجب عدة الوفاة في المنزل الذي وجبت فيه ؛ إلا أن تدعو ضرورة إلى خروجها منه بأن يحولها مالكه أو تخشى على نفسها فتنتقل . ولا تخرج ليلاً ، ولها الخروج نهاراً في حوائجها.

وإن أذن لها زوجها في النقلة إلى بلد للسكنى فيه فمات قبل مفارقة البنيان لزمها العود إلى منزلها ، وإن مات بعده فلها الخيار بين البلدين.

وإن سافر بها ثم مات في الطريق وهى قريبة لزمها العود ، وإن تباعدت خيّرت بين البلدين .

وإن أذن لها في الحج فأحرمت به ثم مات فخشيت فوات الحج مضت في سفرها ، وإن لم تخش وهي في بلدها أو قريبة يمكنها العود أقامت لتقضي العدة في منزلها ؛ وإلا مضت في سفرها . وإن لم تكن أحرمت أو أحرمت بعد موته فحكمها حكم من لم يخش الفوات . وأما المبتوتة فلا تجب عليها العدة في منزله ، وتعتد حيث شاءت نص عليه.

باب في استبراء الإماء

ويجب الاستبراء في ثلاثة مواضع :
أحدها : إذا ملك أمة لم يحل له وطؤها ولا الاستمتاع بها بمباشرة ولا قبلة حتى يستبرئها ، إلا المسبية هل له الاستمتاع بها فيما دون الفرج ؟ على روايتين.
سواء ملكها من صغير أو كبير أو رجل أو امرأة.
وإن أعتقها قبل استبرائها لم يحل له نكاحها حتى يستبرئها ولها نكاح غيره إن لم يكن بائعها يطأها والصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل يجب استبراؤها ؟ على وجهين.
وإن اشترى زوجته ، أو عجزت مكاتبته ، أو فك أمته من الرهن ، أو أسلمت المجوسية أو المرتدة أو الوثنية أو التي حاضت عنده ، أو كان هو المرتد فأسلم ، أو اشترى مكاتبه ذوات رحمه فحضن عنده ثم عجز ، أو اشترى عبده التاجر أمة فاستبرأها ثم أخذها سيده : حلت بغير استبراء .
وإن وجد الاستبراء في يد البائع قبل القبض أجزأ ، وعنه لا يجزئ .
وإن باع أمته ثم عادت إليه بفسخ أو غيره بعد القبض وجب استبراؤها ، وإن كان قبله فعلى روايتين.
وإن اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول لزمه استبراؤها ، وإن كان بعده لم يجب في أحد الوجهين.
الثاني : إذا وطئ أمته ثم أراد تزويجها لم يجز حتى يستبرئها ، وإن أراد بيعها فعلى روايتين ، وإن لم يطأها لم يلزمه استبراؤها في الموضعين.
الثالث : إذا أعتق أم ولده أو أمة كان يصيبها ، أو مات عنها لزمها استبراء نفسها ؛ إلا أن تكون مزوجة أو معتدة فلا يلزمها استبراء .

وإن مات زوج أم ولد أو سيدها ولم يعلم السابق منهما وبين موهما أقل من شهرين وخمسة أيام لزمها بعد موت الآخر منهما عدة الحرة من الوفاة حسب، وإن كان بينهما أكثر من ذلك، أو جُهلت المدة لزمها بعد موت الآخر منهما أطول الأمرين من عدة الحرة أو الاستبراء.

وإن اشترك رجلان في وطء أمة لزمها استبراآن.

فصل

والاستبراء يحصل بوضع الحمل إن كانت حاملاً، أو بحيضة إن كانت ممن تحيض، أو بمضي شهر إن كانت آيسة أو صغيرة، وعنه بثلاثة أشهر اختاره الخرقي.

وإن ارتفع حيضها ما تدري ما رفعه فبعشرة أشهر نص عليه، وعنه في أم الولد إذا مات سيدها اعتدت أربعة أشهر وعشراً.

والأول أصح.

كتاب الرضاع

يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

وإذا حملت المرأة من رجل يثبت منه نسب ولدها فثابَ لها لبن فأرضعت به طفلاً صار ولداً لهما في تحريم النكاح ، وإباحة النظر والخلوة ، وثبوت المحرمية ، وأولاده وإن سفلوا أولاد ولدهما ، وصارا أبويه وآباؤهما أجداده وجداته ، وإخوة المرأة وأخواتها أخواله وخالاته ، وإخوة الرجل وأخواته أعمامه وعماته.

وتنتشر حرمة الرضاع من المرتضع إلى أولاده وأولاد أولاده وإن سفلوا فيصيرون أولاداً لهما ، ولا تنتشر إلى من في درجته من إخوته وأخواته ، ولا من هو أعلى منه من آبائه وأمهاته وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته فلا تحرم المرضعة على أبي المرتضع ولا أخيه ، ولا تحرم أم المرتضع ولا أخته على أبيه من الرضاع ولا أخيه .

وإن أرضعت بلبن ولدها من الزنا طفلاً صار ولداً لها ، وتحرم على الزاني تحريم المصاهرة ولم تثبت حرمة الرضاع في حقه في ظاهر قول الخرقي .

وقال أبو بكر : تثبت .

قال أبو الخطاب : وكذلك الولد المنفي باللعان، ويحتمل أن لا يثبت حكم الرضاع في حق الملاعن بحال ؛ لأنه ليس بلبنه حقيقة ولا حكماً.

وإن وطئ رجلان امرأة بشبهة فأتت بولد فأرضعت بلبنه طفلاً صار ابناً لمن ثبت نسب المولود منه . وإن ألحق بهما كان المرتضع ابناً لهما ، وإن لم يلحق بواحد منهما ثبت التحريم بالرضاع في حقهما .

وإن ثابَ لامرأة لبن من غير حمل تقدم لم ينشر الحرمة نص عليه في لبن البكر، وعنه ينشرها ذكرها ابن أبي موسى ، والظاهر أنه قول ابن حامد .

ولا ينشر الحرمة غير لبن المرأة فلو ارتضع طفلان من رجل أو بهيمة أو خنثى مشكل لم ينشر الحرمة.

وقال ابن حامد : يوقف أمر الخنثى حتى يتبين أمره.

فصل

ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا بشرطين :
أحدهما : أن يرتضع في العامين ، فلو ارتضع بعدهما بلحظة يثبت.
الثاني : أن يرتضع خمس رضعات في ظاهر المذهب ، وعنه ثلاث يحرمن واحدة .
ومتى أخذ الثدي فامتصّ منه ثم تركه ، أو قُطع عليه فهي رضعة فمتى عاد فهي رضعة أخرى بَعُدَ ما بينهما أو قرُب ، وسواء تركه شبعاً أو لأمر يلهيه ، أو لانتقاله من ثدي إلى غيره ، أو من امرأة إلى غيرها .
وقال ابن حامد : إن لم يقطع باختياره فهما رضعة ؛ إلا أن يطول الفصل بينهما.
والسعوط والوجور ؛ كالرضاع في إحدى الروايتين .
ويحرم لبن الميتة واللبن المشوب ذكره الخرقي .
وقال أبو بكر : لا يثبت التحريم بهما .
وقال ابن حامد : إن غلب اللبن يحرم.
والحقنة : لا تنشر الحرمة نص عليه .
وقال ابن حامد : تنشرها.

فصل

وإذا تزوج كبيرة ولم يدخل بها وثلاث صغائر فأرضعت الكبيرة إحداهن في الحولين حرمت الكبيرة على التأبيد وثبت نكاح الصغرى، وعنه ينفسخ نكاحها.

وإن أرضعت اثنتين منفردتين انفسخ نكاحهما على الرواية الأولى ، وعلى الثانية ينفسخ نكاح الأولى ، ويثبت نكاح الثانية.

وإن أرضعت الثلاث متفرقات انفسخ نكاح الأولين وثبت نكاح الثالثة على الرواية الأولى، وعلى الثانية : ينفسخ نكاح الجميع ، فإن أرضعت إحداهن منفردة واثنتين بعد ذلك انفسخ نكاح الجميع على الروايتين، وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر، وإن كان دخل بالكبرى حرم الكل عليه على الأبد.

كل امرأة تحرم ابنتها عليه ؛ كأمه وجدته وأخته وربيبته إذا أرضعت طفلة حرمتها عليه وفسخت نكاحها منه إن كانت زوجته.

فصل

وكلُّ من أفسدَ نكاح امرأة برضاع قبل الدخول فإن الزوج يرجع عليه بنصف مهرها الذي يلزمه لها ، وإن أفسدت نكاح نفسها سقط مهرها ، وإن كان بعد الدخول وجب لها مهرها ولم يرجع به على أحد. وذكر القاضي أنه يرجع به أيضاً ورواه عن أحمد .

ولو أفسدت نكاح نفسها لم يسقط مهرها بغير خلاف في المذهب . فإذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ نكاحهما فعليه نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى ، ولا مهر للكبرى إن كان لم يدخل بها وإن كان دخل بها فعليه صداقها . وإن كانت الصغرى هي التي دبّت إلى الكبرى وهي نائمة فارتضعت منها فلا مهر لها ، ويرجع عليها بنصف مهر الكبرى إن كان لم يدخل بها ، أو بجميعه إن كان دخل بها على قول القاضي ، وعلى ما اخترناه : لا يرجع بعد الدخول بشيء .

ولو كان لرجل خمس أمهات أولاد لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة منهن رضعة حرمت عليه في أحد الوجهين ، ولم تحرم أمهات الأولاد .

ولو كان له ثلاث نسوة لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة رضعتين لم تحرم المرضعات وهل تحرم الصغرى ؟ على وجهين أصحهما تحرم ، وعليه نصف مهرها يرجع به عليهن على قدر رضاعهن يقسم بينهن أخماساً .

فان كان لرجل ثلاث بنات امرأة لهن لبن فأرضعت ثلاث نسوة له صغاراً حرمت الكبرى ، وإن كان دخل بها حرم الصغار أيضاً ، وإن لم يدخل بها فهل ينفسخ نكاح من كمل رضاعها أو لا ؟ على روايتين .

وإن أرضعن واحدة كل واحدة منهن رضعتين فهل تحرم الكبرى بذلك ؟ على وجهين .

فصل

إذا طلق امرأته ولها منه لبن فتزوجت بصبي فأرضعته بلبنه انفسخ نكاحها منه ، وحرمت عليه ، وعلى الأول أبداً ؛ لأنها صارت من حلائل أبنائه .
ولو تزوجت الصبي أولاً ثم فسخت نكاحه لعيب ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي حرمت عليهما على الأبد .

فصل

وإذا شكّ في الرضاع أو عدده بنى على اليقين، وإن شهد به امرأة مرضية ثبت بشهادتها، وعنه أنها إن كانت مرضية استحلفت فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى يبيضّ ثدياها وذهب في ذلك إلى قول ابن عباس رضي الله عنهما.

وإذا تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول: هي أختي من الرضاع انفسخ النكاح، فإن صدقته فلا مهر، وإن أكذبته فلها نصف المهر. وإن قال ذلك بعد الدخول انفسخ النكاح، ولها المهر بكل حال.

وإن كانت هي التي قالت: هو أخي من الرضاع فأكذبَها فهي زوجته في الحكم.

ولو قال الزوج: هي ابنتي من الرضاع وهي في سنه أو أكبر منه لم تحرم؛ لتحققنا كذبه.

ولو تزوج امرأة لها زوج من لبن كان قبله فحملت منه ولم يزد لبنها فهو للأول، وإن زاد لبنها فأرضعت به طفلاً صار ابناً لهما، وإن انقطع لبن الأول ثم ثابَ بحملها من الثاني فكذلك عند أبي بكر، وعند أبي الخطاب رضي الله تعالى عنه: هو ابن الثاني وحده.

كتاب النفقات

تجب على الرجل نفقة امرأته ما لا غنى لها عنه وكسوتها بالمعروف ، ومسكنها بما يصلح لمثلها وليس ذلك مقدراً لكنه معتبر بحال الزوجين ، فإذا تنازعا فيها رجع الأمر إلى الحاكم ، فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر كفايتها من أرفع خبز البلد وأدمه الذي جرت عادة أمثالهما بأكله، وما تحتاج إليه من الدهن، وما يكتسي مثلها من جيد الكتان والقطن والخز والابريسم .

وأقله : قميص وسراويل ووقاية ومقنعة ومداس وجبّة في الشتاء . وللنوم الفراش واللحاف والمخدة ، والزلي للجلوس ورفيع الحصر .

وللفقيرة تحت الفقير قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وأدمه ودهنه ، وما تحتاج إليه من الكسوة مما يلبسه أمثالهما وينامون فيه ويجلسون عليه .

وللمتوسطة تحت المتوسط أو إذا كان أحدهما موسراً والآخر معسراً ما بين ذلك كلٌ على حسب عادته ، وعليه ما يعود بنظافة المرأة من الدهن والسدر وثمن الماء .

ولا تجب الأدوية وأجرة الطبيب . فأما الطيب والحنا والخضاب ونحوه فلا يلزمه ؛ إلا أن يريد منها التزين به .

وإن احتاجت إلى من يخدمها لكون مثلها لا تخدم نفسها أو لمرضها لزمه ذلك فإن كان لها وإلا أقام لها خادماً إما بشراء أو كراء أو عارية . ويلزمه نفقته بقدر نفقة الفقيرين ؛ إلا في النظافة.

ولا يلزمه أكثر من نفقة خادم واحد . فإن قالت : أنا أخدم نفسي وآخذ ما يلزمك لخادمي لم يكن لها ذلك . وإن قال : أنا أخدمك فهل يلزمها قبول ذلك ؟ على وجهين.

فصل

وعليه نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها ومسكنها ؛ كالزوجة سواء.

وأما البائن بفسخ أو طلاق فإن كانت حاملاً فلها النفقة والسكنى وإلا فلا شيء لها، وعنه لها السكنى . فإن لم ينفق عليها بظنها حائلاً ثم تبين أنها حامل فعليه نفقة ما مضى . وإن أنفق عليها بظنها حاملاً فبانت حائلاً فهل يرجع عليها بالنفقة ؟ على روايتين .

وهل تجب النفقة للحامل لحملها أو لها من أجله ؟ على روايتين :

إحداهما : أنها لها فتجب لها إذا كان أحد الزوجين رقيقاً ، ولا تجب للناشز، ولا للحامل من وطء شبهة أو نكاح فاسد .

والثانية : أنها للحمل فتجب لهؤلاء الثلاث، ولا تجب لها إذا كان أحدهما رقيقاً .

وأما المتوفى عنها فإن كانت حائلاً فلا نفقة لها ولا سكنى ، وإن كانت حاملاً فهل لها ذلك ؟ على روايتين .

فصل

وعليه دفع النفقة إليها في صدر نهار كل يوم ؛ إلا أن يتفقا على تأخيرها أو تعجيلها لمدة قليلة أو كثيرة فيجوز .

وإن طلب أحدهما دفع القيمة لم يلزم الآخر ذلك وعليه كسوتها في كل عام ، فإذا قبضتها فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها ، وإن انقضت السنة وهي صحيحة فعليه كسوة السنة الأخرى ، ويحتمل أن لا يلزمه .

وإن ماتت أو طلقها قبل مضي السنة فهل يرجع عليها بقسط بقية السنة ؟ على وجهين .

وإذا قبضت النفقة فلها التصرف فيها على وجه لا يضر بها ولا ينهك بدنها .

وإن غاب عنها مدة ولم ينفق فعليه نفقة ما مضى ، وعنه لا نفقة لها ؛ إلا أن يكون الحاكم قد فرضها لها.

فصل

وإذا بذلت المرأة تسليم نفسها إليه وهي ممن يوطأ مثلها أو يتعذر وطؤها بمرض أو حيض أو رتق ونحوه لزم زوجها نفقتها سواء كان الزوج صغيراً أو كبيراً يمكنه الوطء أو لا يمكنه ؛ كالعنّين والمجبوب والمريض .

وإن كانت صغيرة لا يمكن وطؤها لم تجب نفقتها ، ولا تسلمها ولا تسليمها إليه إذا طلبها ، فإن بذلته والزوج غائب لم يفرض لها حتى يراسله الحاكم ويمضي زمن يمكن أن يقدم في مثله .

وإن منعت تسليم نفسها أو منعها أهلها فلا نفقة لها ؛ إلا أن تمنع نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها الحال فلها ذلك ، وتجب نفقتها ، وإن كان بعد الدخول فعلى وجهين بخلاف الأجل .

وإن سلّمت الأمة نفسها ليلاً ونهاراً فهي كالحرة ، وإن كانت تأوي إليه ليلاً وعند السيد نهاراً فعلى كل واحد منهما النفقة مدة مقامها عنده .

وإذا نشزت المرأة أو سافرت بغير إذنه ، أو تطوعت بصوم أو حج ، أو أحرمت بحج منذور في الذمة فلا نفقة لها . وإن بعثها في حاجة أو أحرمت بحجة الإسلام فلها النفقة . وإن أحرمت بمنذور معين في وقته فعلى وجهين.

وإن سافرت لحاجتها بإذنه فلا نفقة لها ذكره الخرقي، ويحتمل أن لها النفقة.

وإن اختلفا في نشوزها أو تسليم النفقة إليها فالقول قولها مع يمينها ، وإن اختلفا في بذل التسليم فالقول قوله مع يمينه.

فصل

وإن أعسر الزوج بنفقتها أو ببعضها أو بالكسوة خيّرت بين فسخ النكاح والمقام ، وتكون النفقة دَيناً في ذمته ، فإن اختارت المقام ثم بدا لها الفسخ فلها ذلك، وعنه ما يدل على أنها لا تملك الفسخ بالإعسار . والمذهب الأول .
وإن أعسر بالنفقة الماضية ، أو نفقة الموسر ، أو المتوسط ، أو الأدم ، أو نفقة الخادم فلا فسخ لها ، وتكون النفقة دَيناً في ذمته .
وقال القاضي : يسقط .
وإن أعسر بالسكنى أو المهر فهل لها الفسخ ؟ على وجهين .
وإن أعسر زوج الأمة فرضيت ، أو زوج الصغيرة والمجنونة لم يكن لوليهن الفسخ ، ويحتمل أن له ذلك.

فصل

وإن منع النفقة أو بعضها مع اليسار وقدرت له على مال أخذت منه ما يكفيها ويكفي ولدها بالمعروف بغير إذنه ؛ لقول النبي e لهند حين قالت له : «إن أبا سفيان رجلٌ شحيحٌ وليسَ يُعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي قال : خُذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[1] ، وإن لم تقدر أجبره الحاكم وحبسه ، فإن لم ينفق دفع النفقة إليها من ماله ، فإن غيبه وصبر على الحبس فلها الفسخ .

وقال القاضي : ليس لها ذلك .

وإن غاب ولم يترك لها نفقة ، ولم تقدر له على مال ، ولا الاستدانة عليه فلها الفسخ ؛ إلا عند القاضي فيما إذا لم يثبت إعساره .

ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم حاكم . والله أعلم .

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٦٧٥٨) ٦: ٢٦٢٦ كتاب الأحكام، باب القضاء على الغائب.
وأخرجه مسلم في صحيحه (١٧١٤) ٣: ١٣٣٨ كتاب الأقضية، باب قضية هند.

باب نفقة الأقارب والمماليك

يجب على الإنسان نفقة والديه وولده بالمعروف إذا كانوا فقراء ، وله ما ينفق عليهم فاضلاً عن نفقة نفسه وامرأته ، وكذلك يلزمه نفقة سائر آبائه وإن علوا ، وأولاده وإن سفلوا .

ويلزمه نفقة كل من يرثه بفرض أو تعصيب ممن سواهم سواء ورثه الآخر أو لا ؛ كعمته وعتيقته . وحكي عنه إن لم يرثه الآخر فلا نفقة له ، فأما ذوو الأرحام فلا نفقة عليهم رواية واحدة ذكره القاضي .

وقال أبو الخطاب : يخرج في وجوبها عليهم روايتان .

وإن كان للفقير وارث فنفقته عليهم على قدر إرثهم منه ، فإذا كان له أم وجد فعلى الأم الثلث والباقي على الجد ، وإن كانت جدة وأخ فعلى الجدة السدس والباقي على الأخ ، وعلى هذا المعنى حساب النفقات ؛ إلا أن يكون له أب فتكون عليه النفقة وحده .

ومن له ابن فقير وأخ موسر فلا نفقة له عليهما .

ومن له أم فقيرة أو جدة موسرة فالنفقة عليها ، ومن كان صحيحاً مكلفاً لا حرفة له سوى الوالدين فهل تجب نفقته ؟ على روايتين.

ومن لم يفضل عنده إلا نفقة واحد بدأ بالأقرب فالأقرب ، فإن كان له أبوان جعله بينهما ، فإن كان معهما ابن ففيه ثلاثة أوجه :

أحدها : يقسمه بينهم .

والثاني : يقدمه عليهما .

والثالث : يقدمهما عليه .

وإن كان له أب وجد أو ابن وابن ابن فالأب والابن أحق .

ولا تجب نفقة الأقارب مع اختلاف الدين، وقيل: في عمودي النسب روايتان.

وإن ترك الإنفاق الواجب مدة لم يلزمه عوضه.

ومن لزمته نفقة رجل فهل تلزمه نفقة امرأته؟ على روايتين.

فصل

وتجب نفقة ظئر الصبي على من تلزمه نفقته . وليس للأب منع المرأة من رضاع ولدها إذا طلبت ، وإن طلبت أجرة مثلها ووجد من يتبرع برضاعه فهي أحق ، وإن امتنعت من رضاعه لم تجبر ؛ إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه .
ولا تجب عليه أجرة الظئر لما زاد على الحولين .
وإذا تزوجت المرأة فلزوجها منعها من رضاع ولدها ؛ إلا أن يضطر إليها .

فصل

وعلى السيد الإنفاق على رقيقه قدر كفايتهم وكسوهم وتزويجهم إذا طلبوا ذلك ؛ إلا الأمة إذا كان يستمتع بها، ولا يكلفهم من العمل ما لا يطيقون ، ويريحهم وقت القيلولة والنوم وأوقات الصلوات ، ويداويهم إذا مرضوا، ويركبهم عقبه إذا سافر بهم، وإذا ولي أحدهم طعامه أطعمه منه .

ولا يسترضع الأمة لغير ولدها ؛ إلا أن يكون فيها فضل عن ريه ، ولا يجبر العبد على المخارجة ، فإن اتفقا عليها جاز.

ومتى امتنع السيد من الواجب عليه فطلب العبد البيع لزمه بيعه .

وله تأديب رقيقه بما يؤدب به ولده وامرأته .

وللعبد أن يتسرى بإذن سيده . وقيل : ذلك ينبني على الروايتين في ملك العبد بالتمليك . ولو وهب له سيده أمة لم يكن له التسري بها إلا بإذنه.

فصل

وعليه إطعام بهائمه وسقيها ، وأن لا يحملها ما لا تطيق ، ولا يحلب من لبنها ما يضر بولدها .
وإن عجز عن الإنفاق عليها أجبر على بيعها ، أو إجارتها ، أو ذبحها إن كانت مما يباح أكله .

باب الحضانة

أحق الناس بحضانة الطفل والمعتوه أمه ، ثم أمهاتها الأقرب فالأقرب ، ثم الأب ، ثم أمهاته ، ثم الجد ، ثم أمهاته ، ثم الأخت للأبوين ، ثم الأخت للأب ، ثم الأخت للأم ، ثم الخالة ، ثم العمة في الصحيح عنه ، وعنه الأخت من الأم والخالة أحق من الأب فتكون الأخت من الأبوين أحق ، ويكون هؤلاء أحق من الأخت من الأب ومن جميع العصبات .

وقال الخرقي : وخالة الأب أحق من خالة الأم ثم تكون للعصبة ؛ إلا أن الجارية ليس لابن عمها حضانتها ؛ لأنه ليس من محارمها .

وإذا امتنعت الأم من حضانتها انتقلت إلى أمها، ويحتمل أن تنتقل إلى الأب .

فإن عدم هؤلاء كلهم فهل للرجال من ذوي الأرحام حضانة ؟ على وجهين :

أحدهما : لهم ذلك فيكون أبو الأم وأمهاته أحق من الخال ، وفي تقديمهم على الأخ من الأم وجهان .

ولا حضانة لرقيق ولا فاسق ولا كافر على مسلم ، ولا لامرأة مزوجة لأجنبي من الطفل ، فإن زالت الموانع منهم رجعوا إلى حقهم منها .

ومتى أراد أحد الأبوين النقلة إلى بلد بعيد آمن ليسكنه فالأب أحق بالحضانة ، وعنه الأم أحق ، فإن اختل شرط من ذلك فالمقيم منهما أحق.

فصل

وإذا بلغ الغلام سبع سنين خيّر بين أبويه فكان مع من اختار منها ، فإن اختار أباه كان عنده ليلاً ونهاراً .

ولا يمنع زيارة أمه ولا تمنع هي تمريضه . وإن اختار أمه كان عندها ليلاً و عند أبيه نهارًا ؛ ليعلمه الصناعة والكتابة ويؤدبه ، فإن عاد فاختار الآخر نقل إليه ، ثم إن اختار الأول رُدَّ إليه . وإن لم يختر أحدهما أقرع بينهما .

وإن استوى اثنان في الحضانة ؛ كالأختين قدم أحدهما بالقرعة .

وإن بلغت الجارية سبعاً كانت عند أبيها ، ولا تمنع الأم من زيارتها وتمريضها .



انتهى بعون الله تعالى الجزء الثالث

ويتلوه الجزء الرابع وأوله كتاب الجنايات

المحتويات